Die Rechtsschutzmittel des verarmten Schenkers

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der
juristischen Doktorwürde

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Friedrich Eicke,
Referendar aus Stade.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 26. Mai 1911.

Hamburg.
Fremdenblatt-Druckerei Broschek & Co. Komm.-Ges.
1911.

93

Referent: Professor Dr. Binder.

Meiner Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0067

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Die Rechtsschutzmittel im römischen Recht 4
§ 3. Die Rechtsschutzmittel im gemeinen Recht 13
§ 4. Die Rechtsschutzmittel in den Kodifikationen 18
§ 5. Die Aufnahme der Rechtsschutzmittel in das BGB.... 23
§ 6. Die Voraussetzungen des Schutzmittels nach § 519.... 27
§ 7. Der Rechtscharakter des § 519 38
§ 8. Das Rechtsschutzmittel der §§ 528 f. 46
§ 9. Der Rechtscharakter der §§ 528 f. 57

Literaturnachweis.

Lehrbücher:

Dernburg II. 3. Aufl. 1907.
Crome I. II. 1902.
Cosack I. 1904. 4. Aufl.
Windscheid-Kipp. 8. Aufl. 1900.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1904.
Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. 1903.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. II. 1899.
Sohm, Institutionen. 12. Aufl. 1905.
Förster-Eccius. 7. Aufl. 1896.

Kommentare:

Oertmann. 3/4. Aufl. 1910.
Staudinger. 5/6. Aufl. 1911.
Planck. 2/3. Aufl. 1907.
Fischer-Henle. 7. Aufl. 1906.
Gaupp-Stein. 8. Aufl. 190 .
Opet, Verwandtschaftsrecht 1899.
Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnisse. 1903.
Reichel, Schuldmitübernahme. 1910.
Oppenheim, Schenkungsversprechen. 1906.
Klingemann, beneficium competentiae. Rostocker Diss. 1904.
Bauder, beneficium competentiae. Tübinger Diss. 1905.
Altmann, beneficium competentiae. Berliner Diss. 1888.
Stammler, Einrede; Sonderdruck aus der Festgabe für Dernburg. 1900.
Gutachten aus dem Anwaltsstande zum Entwurfe eines BGB., darin enthalten: Reatz. 1888.
Zipperling, beneficium competentiae. 1907.
Keller-Wach, Der römische Civilprozeß. 6. Aufl. 1883.

Thibaut, Civiliſt. Abhandlungen. 1814.
Hellfeld, Opuscula et dissertationes. 1775.
Schilter, Praxis jur. civ. in foro German. 1675.
Perez, Praelectiones in Codicem. 1653.
Leyſer, Meditationes ad Pandekt. 1732.
Struv, Syntagma jur. civ. 1692.
Lauterbach, Colleg. theoret.-pract. 1784.
Savigny, Syſtem. 1840.

Zeitſchriften:

Zeitſchrift für Zivilprozeß. XV.
Archiv für bürgerliches Recht. XXI, XXXII.
Iherings Jahrbücher XXXIV.
Buchka u. Budde, Entſcheid. IV.
Seufferts Archiv. XXXXII, LXI, LXV.
Entſcheidungen des Reichsgerichts. XXXIII, XXXV.
Gruchots Beiträge. XXXXVI.
Kuhlenbeck, Die Rechtſprechung des Reichsgerichts. 1902.

§ 1.

Einleitung.

Eine Eigentümlichkeit ist mit dem Institute der Schenkung verbunden, die ihr von Anfang an angehaftet hat, auch heute noch nicht verschwunden ist und wohl stets bleiben wird: die zu verschiedenen Zeiten zwar mehr oder weniger, aber stets vorhandene ablehnende Haltung, die der Gesetzgeber ihr gegenüber eingenommen hat. Das älteste römische Recht kannte nur das Handgeschenk, das nach der lex Cincia (206 v. Chr.?) so vollzogen sein mußte, daß dem Beschenkten Besitzschutz zustand. Das Schenkungsversprechen war ein nudum pactum und unklagbar. Um verbindlich zu sein, mußte es in die Form der Stipulation gebracht werden, bis in der Kaiserzeit auch das bloße pactum (pactum legitimum) klagbar wurde.

Eine außerordentliche Erschwerung aller Schenkungen führte Constantius Chlorus durch die Vorschrift der gerichtlichen Insinuation ein. Alle Schenkungen mußten vor Gericht zu Protokoll erklärt werden, sonst waren sie nichtig. Justinian milderte diese undurchführbare Bestimmung; Schenkungen bis 300 solidi, später bis 500 solidi, sollten ohne Insinuation gültig sein.

Bei Einhaltung dieser Formvorschrift stand aber nichts im Wege, selbst das ganze Vermögen zu verschenken. Im

Gegensatz hierzu verbot das ältere deutsche Recht häufig eine solche schenkweise Universaltradition, z. B. das Solmser Landrecht [1] (1571): „Es soll auch keiner unserer Untertanen Macht haben, auf einmal all seine Habe . . . zu verschenken oder zu vergiften, es sei denn, daß er ihnen soviel davon hätte vorbehalten, daß er in demselben ehrlich testieren möchte."

Das gemeine Recht blieb aber bei der justinianischen, Regelung, und mit einzelnen Abänderungen, die meist Erschwerungen bedeuteten, schlossen sich ihr auch die Kodifikationen an, wie das preußische, österreichische, sächsische Recht. Für die besonders ungünstige Behandlung der Schenkungsversprechen gibt Svarez bei der Schlußrevision des Allgemeinen Landrechts eine Erklärung[2]: Es ist als Vorbeugungsmittel angenommen, daß aus pactis de donando, wenn sie außergerichtlich abgeschlossen, nicht soll geklagt werden können. Es gibt Leute, die sich sehr bedenken, wenn sie nur etliche Louisd'or bar aus ihrem Beutel weggeben, die es aber gar nichts kostet, ein Versprechen, das erst in der Zukunft erfüllt werden soll, auszustellen und zu unterschreiben. Der Grund für die einschränkenden Bestimmungen bei der Schenkung überhaupt liegt aber tiefer.

Wirtschaftlich ist zwar auch der Güterumsatz durch Schenkung. Ihr stehen aber schwerwiegende Bedenken gegenüber, da häufig der Schenker durch den Vollzug der

---

[1]) T. XIII § 4; ähnlich das Mainzer Landrecht. T. XXX § 3 (zitiert nach Reatz).

[2]) Förster-Eccius, Preuß. Privatr. II § 122.

Schenkung zum wirtschaftlichen Ruin gebracht wird, ein Resultat, dem Wirtschafts- und Rechtsordnung ablehnend gegenüberstehen muß, weil es nicht im wirtschaftlichen Kampfe, sondern aus religiösen, moralischen oder sentimentalen Motiven erwachsen ist. Wirtschaft und Recht auf der einen, Religion, Moral und Gefühl auf der anderen Seite, stehen sich aber feindlich gegenüber, es kommt wohl einmal zur Einigung, aber nie zum Ausgleich. Das Gesetz sucht stets die Wirtschaft gegen unwirtschaftliche Einflüsse zu schützen. Schon Paulus[3] sagt: Pinguius enim donatori succurrere debemus quam ei qui verum debitum persolvere compellitur.

So ist es auch heute noch. Das BGB. hat zwar darauf verzichtet, sich insofern zum Vormunde des Einzelnen zu machen, daß es die Höhe der Schenkung begrenzt. Das Handgeschenk ist in jeder Höhe formlos gültig; das Versprechen ist, wenn amtlich beurkundet, ebenfalls unbegrenzt und der Vollzug heilt die Form (BGB. 518). Nur die Gültigkeit des Versprechens einer Schenkung ist demnach von gewissen Formen abhängig.[4]

Aber auf anderem Wege schützt das Gesetz den Schenker doch nur dann, wenn es ihm wirtschaftlich schlecht geht oder zu gehen droht, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob dieser Zustand auch durch Schenkung entstanden ist (eine Inkonsequenz des Schutzgedankens). Es gewährt ihm gewisse Rechtsschutzmittel, deren er sich bedienen *kann*, um den

[3] l. 49 D. 42,1.

[4] Vergl. Cosack, Lehrbuch I § 497.

Folgen seiner Schenkung zu begegnen. Die Aufnahme dieser Bestimmungen ist das Resultat einer langen Entwickelung, die in ihren Anfängen bis in die Zeit vor Diokletian zurückgeht. Der in ihnen herrschende Gedanke ist so lebenskräftig, daß er seit seinem ersten Auftauchen nie in Vergessenheit geraten ist, aber nie hat er auch eine so eingehende Regelung gefunden wie im BGB.

§ 2.

Die Rechtsschutzmittel im römischen Recht.

Von irgend welchen Bestimmungen des älteren römischen Rechts, die als Schutzmittel des verarmten Schenkers angesehen werden könnten, ist nichts bekannt. Wahrscheinlich ist, daß solche gar nicht vorhanden gewesen sind, da Schenkungen, nachdem sie anfangs unbeschränkt gültig gewesen waren, durch die lex Cincia erschwerenden Formen unterworfen wurden. Diese Bestimmungen sind im einzelnen unbekannt, aber soviel ist sicher, daß Schenkungen über eine bestimmte Summe hinaus anfechtbar waren, bis sie sowohl rechtlich, als auch tatsächlich vollzogen waren; der Beschenkte mußte Besitzschutz genießen.[5]) Es lag ja auch hierin ein Schutz für verarmte Schenker, die sich der Anfechtung am ehesten bedienen mochten, aber da es für alle Schenker galt, war es kein für den Verarmten eigentümliches Schutzmittel.

Solange die lex Cincia in Geltung blieb, war aber für spezifische Schutzbestimmungen kein Raum. Solche konnten

[5]) Windscheid § 367 A. 7.

erst aufkommen, als sie in Vergessenheit geriet, was in der christlichen Kaiserzeit geschah.[6]) Es mußte aber noch etwas anderes hinzukommen. Die bisherigen Schenkungsversprechen mußten, wenn sie klagbar sein sollten, in Stipulationsform gegeben sein. Solange nur das Schenkungsversprechen in Stipulationsform allein klagbar war, wird ein Bedürfnis nach Schutzmitteln für den Fall der Verarmung nicht so groß gewesen sein. Denn der Schenker war sich bei Abgabe eines stipulierten Versprechens, das stets mit einer gewissen Feierlichkeit vor sich ging, wohl stets bewußt, daß dies Schenkungsversprechen im Effekt der Handschenkung gleichkam, da er unbedingt erfüllen und zugleich in Betracht ziehen mußte, ob er zur Erfüllungszeit noch leistungsfähig sein würde. Jetzt war aber durch kaiserliches Reskript aus dem klaglosen, formlosen Schenkungsversprechen ein klagbares geworden (pactum legitimum). Ein in leichtsinniger Stimmung gegebenes Versprechen verpflichtete bereits zum Vollzuge desselben und unterwarf den Schenker bei Unvermögen den harten Bestimmungen der Zwangsvollstreckung. Welche Unbilligkeit darin lag, daß der aus einer Liberalität Verpflichtete gerade so haften sollte, wie der Schuldner, der eine begründete Verpflichtung eingegangen war, wird besonders augenfällig, wenn man sich das römische Vollstreckungswesen vergegenwärtigt. Dann wird auch klar werden, daß sich ein besonderer Rechtsschutz für den leistungsunfähigen Schenker entwickeln m u ß t e.

---

[6]) D e r n b u r g, Pandekten II S. 288 A. 2.

Das ursprüngliche Recht des Gläubigers, den judicatus aut confessus debitor zu töten, war zwar durch die lex Poetelia (311 v. Chr.?) beseitigt. Immerhin traf den zahlungsunfähigen Schuldner aber noch immer die Schuldhaft oder die Infamie als Folge der bonorum venditio.[7] Welche Form der Zwangsvollstreckung der Gläubiger anwenden wollte, gegen die Person oder gegen das Vermögen des Schuldners, lag in seiner Wahl, bis unter Augustus durch eine lex Julia der Schuldner in Stand gesetzt wurde, dies Wahlrecht seiner Gläubiger durch freiwillige Abtretung seines Vermögens auszuschließen[8]. Die Schuldhaft wurde so vermieden, aber die Infamie blieb wegen der bonorum cessio. Als Dank für seine Freigebigkeit konnte dem Schenker also stets Schuldhaft oder Infamie drohen, wenn er die versprochene Leistung infolge anderer Umstände nicht erfüllen konnte.

Hier griff nun ein Reskript von Antoninus Pius ein des Inhalts, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur[9] et quidem is solus deducto aere alieno.[10] Zwei wichtige Bestimmungen enthält dieses Reskript. Die erste ist, daß der Schenker nur insoweit verurteilt wird, quantum facere potest. Man hat früher, besonders im Anfang des vorigen Jahrhunderts, heiß um die Bedeutung dieser Worte gestritten.[11] Insbesondere suchte

---

[7] Gaius Inst. II § 154.
[8] Sohm, Inst. S. 287.
[9] [10] l. 33 D. 39,5; l. 12 eod.; l 30 eod.; l 173 zu D. 50,17.
[11] Altmann S. 9; Klingemann S. 6 ff.

man auf Grund der Tatsache, daß im gemeinen Recht alle Schuldner, die nur in quantum facere possunt verurteilt wurden (denen das beneficium competentiae zustand), das zum Leben Notwendige behalten durften, schon allein aus dem quantum facere potest herauszulesen: leisten können ohne Mangel.[12]) Heute ist es aber wohl unbestritten, daß es weiter nichts heißt als „leisten, was in den Kräften des Schuldners steht", „bis auf den Rest seines Vermögens". Speziell für den Schenker ergibt sich dies mit Sicherheit schon aus dem zweiten Satz der andern Bestimmung: deducto aere alino. Wenn der Schenker doch nur soweit zu leisten braucht, daß er noch nicht Mangel leidet, was braucht er dann noch seine Schulden abzuziehen?

Aus diesem Recht des Schenkers, vor Bezahlung seiner Schenkungsschuld seine übrigen Schulden berücksichtigen zu dürfen, läßt sich wieder ein Doppeltes entnehmen:

1. Der Wert einer anderen Schuld steht wirtschaftlich höher als der einer Schenkungsschuld; darum soll der gewöhnliche Schuldner nicht unter der Schenkung leiden; dann aber

2. Der Schenker soll geschützt werden. Deshalb wird er nur verurteilt, soweit er leisten kann, entgeht also auf diese Weise Infamie und Schuldhaft; er soll aber nicht auch auf dem Umwege über sein Leistungsvermögen hinaus verurteilt werden und haften, daß, nachdem er sein Vermögen zur völligen oder teilweisen Erfüllung der Schenkungsschuld

---

[12]) Thibaut, Civ.-Abh. XVI S. 346 f. (1814.)

nach der Verurteilung verbraucht hat, andere Gläubiger gegen ihn die Zwangsvollstreckung betreiben, und ihn die eben vermiedenen Folgen derselben von neuem treffen.

Damit hatte das eigenartige „zarte" Verhältnis[13]) des Schenkers zum Gläubiger seine gesetzliche Anerkennung gefunden. Der Schenker war zwar nicht in seinem Vermögen — das würde eine Ungerechtigkeit gegen den Gläubiger gewesen sein — wohl aber bezüglich seiner Freiheit und Ehre immun geworden. Es war aber nur ein Schritt, daß auch die wirtschaftliche Persönlichkeit des Schenkers einen wenigstens billigen Schutz fand, und dieser geschah sehr bald. Schon Paulus schreibt:[14]) „Immo nec totum quad habet extorquendum ei puto, sed ipsius ratio habenda est, ne egeat." Im Reskripte selbst hat diese Bestimmung sicher nicht gestanden. Das beweist das „puto", woraus sich zugleich ergibt, daß diese Ansicht zur Zeit des Paulus noch keine allgemeine Geltung hatte und an sich dem Institute fremd war.[15]) Aber Justinian hat sie durch Aufnahme ins Corpus juris zu gesetzlicher Geltung erhoben und den Satz in allgemeinerer Form in l. 173 pr. D de R J (50,17) noch einmal wiederholt. Der Schenker soll in jedem Falle ein „aliquid sufficiens" behalten, „ne egeat".

Ein Anhalt für die Größe dieses sufficiens fehlt uns aber vollständig. Daß es nicht sehr umfangreich gewesen,

---

[13]) Cosack, Lehrbuch I 497.
[14]) l. 19, § 1 D. 42,1; ähnlich l. 30 eod. tit. „aliquid sufficiens".
[15]) Dernburg, Pand. II § 57 A. 3.

insbesondere nicht so groß, daß der Schenker mit seinen Angehörigen zeitlebens standesgemäß davon leben konnte,[16] erscheint sicher. Der gewichtigste Grund für diese Ansicht ist, daß nirgend sonst, als in den erwähnten Quellenstellen, die nur die einfache Tatsache feststellen, von diesem Abzug oder Nachlaß von Alimenten die Rede ist. Nur wenn dieser wirklich unbedeutend war, durften die Institutionen Justinians über dies beneficium mit Stillschweigen hinweggehen (wie sie es wirklich tun § 17 J. IV 6), da sie doch die Hauptgrundsätze des römischen Rechts enthalten sollten. Darum geht m. E. die Ansicht Windscheids[17] zu weit: „Derjenige, dem die Rechtswohltat zusteht, kann verlangen, daß ihm das zum Leben, nicht aber, daß ihm das zum standesgemäßen Leben Erforderliche gelassen werde." Ein solcher Abzug ist doch schon nicht mehr so geringfügig, daß er nicht der Erwähnung wert wäre; der Wahrheit am nächsten kommt man vielleicht, wenn man annimmt, daß der Schenker soviel zurückhalten durfte, um für die nächste Zeit, bis er etwa neuen Unterhalt finden konnte, nicht in Not zu geraten, ne egeat. Hierfür konnte eine geringe Summe genügen, die einer Erwähnung weiter nicht wert war.

Die Geltendmachung dieses Schutzrechtes geschah im Wege der Einrede im ordentlichen Prozeß.[18] Diese Ein-

---

[16] Wünsch S. 60.
[17] Pand. II § 268.
[18] l. 41 D. 42,1; l. 7 pr. D. 44,1; l. 33 D. 46,2.

rede war aber eine eigenartige.[19]) Nicht Abweisung der Klage, sondern Beschränkung der Verurteilung ist ihr Ziel; es ist eine minuierende Einrede,[20]) die der Prätor im Formularprozeß in der condemnatio etwa mit dumtaxat einführte. Der judex hatte dann die schwierige Aufgabe, festzustellen, wieviel der Schenker nach Abzug der Schulden leisten konnte und wieviel er behalten mußte, ne egeat. Die Entscheidung des judex mußte auf eine certa pecunia lauten.[21]) Daraus ergibt sich mit Sicherheit, daß diese Rechtswohltat kein Exekutionsprivileg war, wie Dernburg behauptet,[22]) sondern ein rein materielles Recht des Schenkers, das aber noch in der Exekutionsinstanz geltend gemacht werden konnte.[23]) Als Exekutionsprivileg hätte die Geltendmachung der Rechte der Zwangsvollstreckung vorbehalten werden müssen; wo bleibt aber hier, da der Anspruch des Gläubigers durch das Urteil des judex völlig festgestellt ist, noch etwas zur Entscheidung für die Zwangsvollstreckung übrig?

Ausgeschlossen war das Recht des Schenkers bei Delikten und dann, wenn er Vermögensstücke dolos beiseite ge-

---

[19]) Altmann, S. 14, sieht diese eigenartige Formel als Beweis dafür an, daß es sich nicht um eine exceptio handelt. Die Form ergab sich aber zwingend aus dem eigenartigen Gegenrecht des Schenkers, das sich nicht in die gewöhnliche Form der exceptio zwingen ließ.

[20]) l. 22 D. 44,1.

[21]) Keller-Wach, der Röm. Zivilproz. S. 196; Fischer S. 469; § 32. J. 4,6.

[22]) Pand. II S. 158.

[23]) Windscheid, Pand. II § 268.

schafft hatte.[24]) Da die Einrede als höchstpersönliche galt,[25]) weil nur in der Lage des leistungsunfähigen Schenkers begründet, so folgt daraus mit Notwendigkeit, daß sich Dritte ihrer nicht bedienen konnten. Deshalb ging sie auch nicht auf den Erben über (wenn die Sache nicht schon rechtshängig war), noch dürfte der Bürge sie anwenden.

Es wäre nun keineswegs angebracht gewesen, den Schenker dauernd zu absolvieren, wenn er im Prozesse vorbringt, er sei jetzt außerstande, zu leisten. Wegen der konsumierenden Kraft der litis contestatio[26]) war es aber unmöglich, die teilweise oder ganz abgewiesene Klage noch einmal anzustellen. Für zwei Fälle des beneficium competentiae ist in den Quellen ein Ausweg angegeben: bei der Rückzahlung der dos und der actio pro socio.[27]) Man half sich nämlich mit Bestellung einer cautio, die darin bestand, daß sich der Schuldner verpflichtete, den Rest nachzuzahlen, sobald er dazu im stande sei. Es ist nun streitig, ob sich diese Kautionsbestellung auch auf die anderen Fälle des beneficium competentiae bezogen hat, und damit auch auf den Schenker, doch geht die Meinung heute wohl allge-

---

[24]) l. 51 pr. D. 42,1.

[25]) l. 4,2 D. 14,5.

[26]) Gajus IV 33.

[27]) l. 47,2 D. 15,1; l. 63,4 D. 17,2. Bauders Ansicht (S. 28) ist wahrscheinlich, daß nämlich die cautio sich im corpus juris deshalb nicht öfter findet, weil sie von den Kompilatoren als für die damalige Zeit bedeutungslos angesehen wurde, da zur Zeit Justinians bereits das Prinzip der Rechtskraft des Urteils seinen Einzug gehalten hatte.

mein dahin, daß sie sich nicht auf die angeführten beiden Fälle beschränkt hat; auch der Schenker mußte sie leisten.[28] Die Folge davon ist, daß, wie Windscheid sagt,[29] die Rechtswohltat nicht den rechtlichen Bestand des Forderungsrechtes affiziert, sondern nur die Vollstreckbarkeit desselben oder die volle Vollstreckbarkeit einstweilen hinausschiebt. Es entsteht keine Naturalobligation, das Recht bleibt voll bestehen, nur ist es zurzeit nicht durchsetzbar. Der Zweck ist aber vollkommen erreicht: der notleidende Schenker ist einstweilen von seiner Schuld befreit; er verfällt nicht der Infamie und hat selbst für die nächste Zeit noch so viel, daß er nicht hilflos dem Leben gegenübersteht.

Bei der Ausbildung dieses Rechtsschutzmittels haben gewisse öffentlich-rechtliche Erwägungen mitgespielt, da es im öffentlichen Interesse nicht gleichgültig sein konnte, ob ein Bürger in schlechten Vermögensverhältnissen lebte und zu den Staatslasten nicht herangezogen werden konnte. Darum muß auch ein Verzicht auf diesen Rechtsschutz für nicht rechtsgültig angesehen werden, trotzdem die Quellen über diese Frage keine Auskunft geben. Im gemeinen Rechte kam man zu demselben Resultat, indem man teils darauf hinwies, daß es unzulässig sei, die Mittel aufzugeben, die zur Vorbeugung eines öffentlichen Aergernisses dienen sollten, teils auf das nahe Verhältnis des Schenkers zum Gläubiger unter Berufung auf l. 14 D 24, 3, wo von

[28] Literatur bei Altmann S. 28.
[29] Pand. II 268 A. 11.

der Unzulässigkeit des Verzichts auf das beneficium competentiae die Rede ist.[30])

Gar keine Erwähnung findet in den Quellen der Fall, daß der Schenker nach der Leistung in Vermögensverfall gerät. „Dieser Anspruch war im Pandektenrecht noch nicht bekannt", bemerkt Kuhlenbeck.[31]) Damit muß man sich abfinden. Es war dem römischen Rechtsempfinden fremd, eine völlig rechtsbeständige Leistung aus nichtrechtlichen Gründen umzustoßen, eine Maßregel, die ja nicht selten zweischneidig sein konnte. Außerdem ist zu beachten, daß in seltenen Fällen nur der Nachweis möglich ist, daß die Verarmung gerade durch die Schenkung veranlaßt ist. Auch das wird ein Grund mit gewesen sein, daß es zur Ausbildung dieses Schutzmittels im römischen Recht noch nicht gekommen ist.

§ 3.

Die Rechtsschutzmittel im gemeinen Recht.

Die Weiterbildung des als beneficium competentiae bezeichneten Rechtsschutzmittels des Schenkers bewegt sich im gemeinen Recht nur in der Richtung, daß der Begriff der Alimente erweitert wird. Das „aliquid sufficiens" und „ne egeat" in ihrer vielsagenden Kürze gibt der Theorie wie der Praxis, besonders letzterer, die Handhabe, dem verarmten Schenker seine Lage so zu erleichtern, wie es der Zeitanschauung angemessen erscheint,[32]) ohne daß

---

[30]) Sintenis Z Z P XV 343.

[31]) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. II 232.

[32]) Zipperling S. 40 ff.

man offensichtlich mit den Quellen in Widerspruch geriet. So definiert Hellfeld[33] das egere: „Egere vero idem denotat ac carere iis, quae pro sua conditione et dignitate sunt necessaria ad vitae sustentationem, ita ut nec laute quidem, attamen nec misere vivat." Also seiner bisherigen Lage und seiner gesellschaftlichen Stellung entsprechend sollen die ihm zu lassenden Mittel sein. Auch Dernburg steht auf diesem Standpunkte,[34] während andere[35] freilich wieder zu einem mehr einschränkenden Resultate gelangt sind. Die Praxis ging aber jedenfalls allgemein von der Ansicht aus, daß dem Schenker der standesgemäße Lebensunterhalt gelassen werden müsse.[36]

Etwa um die Wende des 12. Jahrhunderts begann, ohne daß ein Keim im römischen Recht vorhanden war, ein neues Rechtsschutzmittel für den Schenker im Falle einer nach Erfüllung des Geschenks eintretenden Verarmung sich zu entwickeln. Diese neue Rechtsbildung trat anfangs nur zaghaft hervor. Das stärkste Hemmnis war die unbestreitbare Tatsache, daß die Quellen dies Institut mit keiner Silbe erwähnen. Weil die Verarmung des Schenkers vor Erfüllung wohl nur selten praktisch wurde, viel häufiger dagegen, daß er nach dieser verarmte und das beneficium competentiae dann versagte, entwickelte sich all-

---

[33]) Opuscula et diss. XXV § 1.

[34]) Pand. § 57 A. 5.

[35]) Windscheid, Pand. II § 268; Wünsch S. 60; Schollmeyer S. 52 A. 2.

[36]) Buchka u. Budde, Entsch. IV 92; Seuff. Arch. XLII, 105.

mählich die Ansicht, daß die bisher dem Schenker allein zustehende Einrede dem Bedürfnis, die Notlage des Schenkers durch Minderung der Bereicherung des Beschenkten auszugleichen, nur höchst unvollkommen genügte. Da die Quellen aber schwiegen, behauptete man anfangs eine Art Naturalverbindlichkeit des Beschenkten, den Schenker zu alimentieren. Auf Unterhalt klagen konnte der Schenker noch nicht;[37] unmittelbar wurde ihm ein Anspruch überhaupt nicht eingeräumt. Vielmehr sah man es als grobe Undankbarkeit an, wenn der Beschenkte die Bitte um Unterhaltsgewährung nicht erfüllte, und diese Undankbarkeit begründete einen Widerruf der ganzen Schenkung, soweit sie noch vorhanden war. Man berief sich hierbei auf die in c. 10 C 8, 56 angeführten fünf Undankbarkeitsfälle, die analog ausgedehnt wurden.

Der anfangs allein von der Theorie vertretenen Ansicht schloß sich die Praxis in dauernder Uebung bald an. So gibt Schilter[38] paupertas superveniens als einen in der sächsischen Praxis anerkannten Widerrufsgrund an, und Perez[39] schreibt, daß eine communis opinio für die analoge Ausdehnung der Undankbarkeitsfälle bestehe. Selbst in den Partikularrechten fand die Ansicht Aufnahme und ihre

---

[37] Glosse d. Accurs zu l. 173 D. 50,17; zu c. 10 C. 8,56, wo die Klagbarkeit freilich nicht ausgeschlossen scheint. Ausführliche Literaturangaben bei Pollack S. 371.

[38] Prax. j. civ. III S. 43.

[39] Praelect. S. 545.

gesetzliche Gestalt.[40]) Soweit hatte sich der stets siegreiche Gedanke der Billigkeit seinen Weg erkämpft, daß der auf Kosten des Schenkers Wohlhabende nicht den bedürftigen Schenker ohne Unterstützung lassen dürfe. Er hatte sich durchgesetzt und konnte auch nicht durch die jetzt einsetzende Gegenbewegung mehr unterdrückt werden. Eben weil sie der Billigkeit entsprach, blieb sie lebensfähig. Wenn auch die Ansicht immer mehr an Boden gewann, daß ein solcher Schutz des Schenkers wegen der Unzulässigkeit der analogen Anwendung der Widerrufsgründe gesetzlich nicht zu halten sei[41]) (Jura singularia sunt stricte interpretanda), so konnten sich viele doch nicht enthalten, dem Schenker trotz der Unmöglichkeit einer Begründung aus den Quellen ein solches Recht zu gewähren,[42]) meist freilich nur bei Schenkung des ganzen oder eines beträchtlichen Teils des Vermögens. Gewöhnlich wies man auf die Unbilligkeit des Zustandes hin, daß der Schenker, der Wohltäter, arm, und der Beschenkte reich sei, oder man berief sich auf die jedem Vertrage innewohnende clausula rebus sic stantibus.

Das Maß der Unterstützung, die nur solange gewährt werden mußte, wie der Schenker bedürftig war, war im wesentlichen dasselbe wie bei dem benef. comp. Nur

---

[40]) Verb. Preuß. Landr. 1721 B. IV Tit. 14, Art. 3 § 1,3. Württ. Landr. 1567 II 6 § 4,5.

[41]) Leyser Bd. IV S. 577; Perez, Prael. S. 593; Savigny, System IV S. 292.

[42]) Leyser a. a. O., Perez a. a. O.

einige Abweichungen, die sich durch das anders gelagerte Verhältnis zwischen Schenker und Beschenktem ergeben, sind zu erwähnen. So haftete der Beschenkte nicht über seine Bereicherung hinaus,[43] wenn nicht der Schenker überhaupt nur Unterhalt bis zum Betrage der Früchte der Schenkung verlangen konnte.[44] Einzelne Partikularrechte, wie das Verb. Preuß. Landrecht von 1721,[45] bestimmten sogar, daß der Richter die Alimente im billigen Verhältnis zum Schenkungsbetrage festsetzen sollte, wohl die angemessenste, aber nicht beste Regelung des Falles, da es dem Richter in den meisten Fällen kaum möglich sein dürfte, die gesamten Verhältnisse der Parteien voll zu würdigen.[46]

Die historische Schule machte diesen Auswüchsen des reinen römischen Rechts — denn als solche betrachtete sie die Fortbildung im gemeinen Recht — ein rasches Ende. Die Tatsache, daß die Quellen ein Rückforderungsrecht des verarmten Schenkers nicht kannten, war allein ausschlaggebend. Das Rückforderungsrecht in den verschiedenen Ausgestaltungen verschwand; nur das beneficium competentiae blieb dem Schenker bis zum Inkrafttreten des BGB.

---

[43]) Struv, Syntagma III S. 60.
[44]) Perez, Prael. S. 584.
[45]) A. a. O.
[46]) Vergl. zu Obigem Pollack S. 368 ff.

§ 4.

Die Rechtsschutzmittel in den Kodifikationen.

Der beste Beweis dafür, daß das gemeine Recht mit der Ausbildung der Rechtsschutzmittel dem Rechtsbewußtsein entgegengekommen war, ist ihre Aufnahme in die Kodifikationen. Um das Ergebnis gleich vorweg zu nehmen, so haben sowohl das französische, wie das österreichische und preußische Recht sie so übernommen, wie Praxis und Theorie des gemeinen Rechts sie ausgebildet hatten. Bald enger, bald weniger eng schlossen sie sich den vorhandenen Gedanken an, wenn auch die Form der Geltendmachung verschieden ist.

Nach französischem Recht ist die Schenkung grundsätzlich unwiderruflich. Nur wenn der Beschenkte dem verarmten Schenker nicht freiwillig Alimente gewährt — eine Klage auf Alimente ist nicht zulässig —, darf dieser die ganze Schenkung wegen Undankbarkeit widerrufen.[47]) Gleichgültig ist hierbei, ob die Schenkung schon erfüllt ist oder nicht,[48]) denn nach französischem Recht geht mit der Schenkung das Eigentum unmittelbar über.[49]) Von einem beneficium competentiae kann darum auch nicht die Rede sein, da dies begriffsmäßig eine noch nicht erfüllte Schenkung voraussetzt.

Dies fand sich aber im alten österreichischen Recht.[50]) Der zur Güterabtretung zugelassene (cessio bonorum)

---

[47]) C. c. 955.
[48]) [49]) C. c. 938.
[50]) AGO. §§ 362 ff.

hatte neben der Befreiung von der Personalexekution und von der Pfändung unentbehrlicher Gegenstände noch das Recht, von den von ihm Beschenkten notwendigen[51] Lebensunterhalt für sich und seine Familie zu verlangen. Das Recht erlosch, wenn der Beschenkte durch die Unterhaltsgewährung selbst in Not geriet oder wenn der Schenker sich durch Arbeit unterhalten konnte.

Diese Bestimmung wurde als veraltet durch die neue Zivilprozeßordnung von 1895 beseitigt, aber ohne daß ein Ersatz dafür geschaffen wurde. Das geltende Recht enthält nur die im Anschlusse an das derogierte gemeine und das preußische Recht geschaffene Vorschrift, die voraussetzt, daß der Schenker bereits erfüllt habe und danach verarmt. Er ist dann befugt, die gesetzlichen Zinsen, d. h. 4 Prozent, vom Werte der geschenkten Sache, soweit sie noch vorhanden ist, zu fordern, wenn nicht der Beschenkte sich in ähnlichen Verhältnissen befindet.[52] Dieser Anspruch ist unter Umständen sogar vererblich, dann nämlich, wenn ein Nachgeborener des Schenkers in Dürftigkeit gerät.[53]

Mit Ausnahme dieser letzten Bestimmung, die ihm eigentümlich ist, schließt sich das österreichische Recht eng an

---

[51] Dies Notwendige war aber auf ein sehr geringes Maß beschränkt. So bestimmte die schon 1817 freilich wieder beseitigte Vorschrift, daß der Unterhalt 2—6 Groschen nicht übersteigen sollte. (Altmann S. 79.)

[52] BGB. §§ 947, 995.

[53] BGB. 954.

das preußische an, das der Schenkung die ausführlichste Regelung gegeben hat, seinerseits wieder auf dem gemeinen Rechte fußend. So ist das beneficium competentiae des Schenkers fast wörtlich übernommen. Es fand sich in der Allg. Gerichtsordnung.[54]) Dort ist derjenige, der aus einem gültigen Schenkungsversprechen etwas zu fordern hat, verpflichtet, dem Schuldner den notdürftigen Lebensunterhalt zu lassen. Auch darin stimmt das Landrecht mit dem gemeinen Recht überein, daß diese Berechtigung des Schenkers als Einrede vor dem Urteil geltend zu machen ist, geht aber über das gemeine Recht hinaus, wenn es im § 14 einen selbständigen Anspruch gibt, sofern die Umstände, die ihn begründen, zur Zeit der Urteilsverkündung noch nicht vorhanden oder dem Schuldner noch nicht bekannt waren, ein Beweis auch für die materielle Natur des Rechtsschutzmittels trotz seiner Stellung in der AGO. Dieselbe Erscheinung haben wir auch im österreichischen Recht gefunden. Das ist dadurch zu erklären, daß man die Natur des beneficium competentiae als prozessual ansah, weil sie eine Exekutivbeschränkung sei. Etwas Wahres liegt auch darin. Wie dem Schuldner allgemein ein bestimmter Kreis von Gegenständen belassen werden muß, so muß dem des b. c. Teilhaftigen das zum Leben Notwendige gelassen werden. Der maßgebende Unterschied ist aber der, daß die Exekutivbeschränkungen im öffentlichen Interesse gegeben sind, das b. c. aber nur aus Rücksichten, die in den besonderen privatrechtlichen Beziehungen

[54]) AGO. I 49 § 16.

zwischen Schenker und Beschenkten begründet sind. „Das b. c. ist durchaus nicht ein prozessuales Exekutionsbenefizium, sondern ein ziviles Benefizium, das die Reaktionsfähigkeit des Anspruchs niederhält; es gestattet zwar dem Schuldner, zu betreiben, aber es gestattet nur zu betreiben unter Schonung; dem Kläger steht die Aktion offen, aber sie steht ihm nur offen unter Berücksichtigung der Umstände des Schuldners. Dies allein entspricht dem Gedanken des Kompetenzbenefiziums, das völlig mit materiellen Rücksichten, mit materiellen Beziehungen zwischen Person und Person oder Person und Rechtssache zusammenhängt oder auch ein besonderes Privileg des Schuldners involviert, und das sich als ein gesteigertes Individualrecht darstellt.[55])

Die Feststellung, ob Exekutionsprivileg oder nicht, war bis 1900 von praktischer Bedeutung, da nur hierdurch die Frage entschieden werden konnte, ob die ZPO. das b. c. des gemeinen Rechts aufgehoben hatte. Wer wie Dernburg[56]) das b. c. als Exekutionsprivileg ansah, mußte sich dafür aussprechen, weil die ZPO. die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung erschöpfend aufzählt, während man vom entgegengesetzten Standpunkt dazu kommen muß, daß das b. c. überhaupt nicht berührt ist.[57])

Das b. c. des preußischen Rechts wurde durch die Pr. Konkursordnung von 1856 aufgehoben, da die Bestimmung neben dem besonderen Kompetenzanspruch des

[55]) Kohler in Grünhuts Zeitschr. 14,23.
[56]) Pand. II D. 7.
[57]) Eccius, Pr. Privatr. I § 110 A. 5.

ALR. I 11 § 1123 überflüssig sei.[58] Dieser fälschlich als Kompetenz bezeichnete Anspruch steht dem nach Erfüllung des Geschenks verarmten Schenker zu und beträgt 6 Prozent vom Werte des Geschenkten als jährliche Rente. Von einer Kompetenz könnte man höchstens in Hinsicht auf die Bestimmung sprechen, daß der Beschenkte nicht über den Betrag des Geschenkten hinaus hafte.[59] Die Rentenzahlung kann der Beschenkte vermeiden, wenn er das Geschenk, soweit es noch vorhanden ist, wieder herausgibt.[60]

Durch die Festsetzung der Alimente auf 6 Prozent ist jede Rücksichtnahme des Richters auf die Bedürfnisse des Schenkers ausgeschlossen. Ob sie das Unterhaltsbedürfnis des Schenkers übersteigt oder darunter bleibt, ist gleichgültig. Das Gesetz sieht diese 6 Prozent eben nicht als Maß des Unterhaltsbedürfnisses an, sondern nur als eine Art billiger Entschädigung. Doch ist diese Ansicht nicht unbestritten. Besonders Pollack[61] vertritt unter Berufung auf das österreichische Recht, das seine vier Prozent als Höchstbetrag der Rente normiert (und aus dem preußischen Recht geschöpft hat) die Ansicht, daß die 6 Prozent nur als Höchstbetrag der Rente zu fassen seien. Die Praxis hat sich

---

[58]) Motive zur Pr. K.-O. S. 248.

[59]) Eccius § 122 VII.

[60]) Altmann S. 69 behauptet, daß das hier statuierte Privileg nur ein selbständiges Forderungsrecht auf Alimente, durchaus aber nicht eine Begünstigung des verarmten Schenkers gegenüber seinem Gläubiger sei. Ist dies selbständige Forderungsrecht denn keine Begünstigung des verarmten Schenkers?

[61]) Gruchot Bd. 46 S. 358 ff.

jedoch dagegen ausgesprochen und in Konsequenz dieser Ansicht die Forderung für aufrechenbar erklärt.[62])

§ 5.

Die Aufnahme der Rechtsschutzmittel in das BGB.

Der Stand der Gesetzgebung zu der Zeit, als die Vorarbeiten zum BGB. in Angriff genommen wurden, war, um es noch einmal kurz zusammenzufassen, folgender: Preußen schützte den Schenker nur, wenn bereits erfüllt war, das gemeine Recht nur so lange, wie noch nicht erfüllt war; dagegen genossen im französischen und österreichischen Recht (bis 1895) der Schenker in beiden Fällen einen besonderen Rechtsschutz. Das gemeine Recht war dem Schenker also am wenigsten günstig gesinnt, da das preußische Recht mit seiner Bestimmung im Erfolge sich mehr den anderen beiden Rechten nähert. Der Schenker brauchte nur zu erfüllen, um des Schutzes, des Rechtes auf Alimente, teilhaftig zu werden, während im gemeinen Recht der Schenker nach Erfüllung schutzlos war.

Die Redaktoren des BGB. mußten sich klar werden, ob überhaupt und in welcher Form die Bestimmungen des geltenden Rechts in der neuen Kodifikation Aufnahme zu finden verdienten, ob ein solches Privileg noch zeitgemäß war oder wegen allgemeinerer Bestimmungen überflüssig werden mußte. Von der ersten Kommission hätte man wegen ihres römisch-rechtlichen Standpunktes annehmen sollen,

---

[62]) RG. 35, 243.

daß sie das gemeinrechtliche beneficium competentiae zur Aufnahme in das neue Recht befürworten würde. Aber das geschah nicht. Die Aufnahme einer solchen Bestimmung wurde zwar in Erwägung gezogen, aber abgelehnt. Die Motive[63]) sagen darüber: „Das gemeinrechtlich dem Schenker zustehende b. c. hat der Entwurf nicht aufgenommen. Schon bei der Beratung der ZPO. ist anerkannt worden, daß dasselbe eine bedenkliche Rechtsinstitution ist, die in der Praxis zu großen Weitläufigkeiten und Verwickelungen führt, mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich wenig verträgt, auch bei der Milde der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung ihre Berechtigung verloren hat. Die Rechtswohltaten können unter Umständen zu großen Härten und Unbilligkeiten dem Beschenkten gegenüber führen."

Das sind beachtenswerte Gegengründe, insbesondere, daß die Behandlung in der Praxis Schwierigkeiten machen und zu Härten führen kann. Diese Gründe waren aber doch nicht derart, daß nicht die zweite Kommission, angeregt auch durch die Kritik des ersten Entwurfs durch die Oeffentlichkeit,[64]) durch die mehrfach die Beibehaltung des bewährten Instituts gefordert wurde, ihre Aufnahme in den Entwurf beschloß. Die Begründung besagte:

Der Antrag, der dem Schenker im gewissen Umfange ein b. c. gewähre, entspreche dem gemeinen und preußischen Recht, auch im österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch und

---

[63]) Motive II 298.

[64]) Vgl. Reatz in „Gutachten aus dem Anwaltsstande".

im Code civil seien verwandte Vorschriften enthalten. Der Beschenkte würde gegen den Anstand und gegen die guten Sitten verstoßen, wenn er auch insoweit Erfüllung fordern wollte, als die Erfüllung den Schenker außer stand setzen müßte, seinen Unterhalt und den Unterhalt derjenigen zu decken, den er denselben zu reichen gesetzlich verpflichtet sei.[65])

Die Berufung auf das preußische Recht ist nicht richtig. Seit 1856 hatte dasselbe das beneficium competentiae nicht mehr. Auch das französische Recht ist doch nur sehr entfernt mit dem b. c. zu vergleichen. Es ist aber zu begrüßen, daß eine solche Bestimmung überhaupt aufgenommen ist. Von den Befürchtungen der Motive ist bis jetzt noch nichts eingetreten.

Die Fassung[66]) der Vorschrift mußte noch mancherlei Veränderungen erleiden. Die erste war die, daß statt „Beeinträchtigung" „Gefährdung" gesetzt und im Reichstag die Gefährdung der gesetzlichen Unterhaltspflichten eingefügt wurde, die vorher nur bei Beeinträchtigung das Benefizium gewähren sollten, wodurch „verdeutlicht werden sollte, daß die Verpflichtung aus einem schenkweise erteilten Versprechen nicht zu den sonstigen Verpflichtungen des Unterhaltspflichtigen gehöre, die nach Maßgabe des § 1603 Abs. 1 die Unterhaltspflicht ausschließen".[67]) Im großen und ganzen entspricht der Paragraph der gemeinrechtlichen Regelung, insbesondere ist hier

[65]) Protok. II 22.
[66]) Entw. II § 442a.
[67]) Planck § 519 A. 1.

gegenüber dem römischen Recht die weitestgehende Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse des verarmten Schenkers genommen. Darüber hinaus geht die Bestimmung aber insofern, als nicht Beeinträchtigung des Unterhalts, sondern schon bloße Gefährdung ausreichend ist, und der Verpflichtete gegenüber den Unterhaltspflichtigen diesen gleichgestellt ist. Ob auch in der Gewährung des standesgemäßen Unterhalts ein Mehr zum gemeinen Recht vorliegt, ist, wie oben gesagt, streitig. Nach dem Gebrauch der Praxis jedenfalls nicht.

Mit dieser einzigen Schutzbestimmung des verarmten Schenkers gelangte der Entwurf an den Reichstag. Einer Bestimmung, die dem Schenker die Rückforderung seines Geschenkes gewährte, wenn er in Vermögensverfall geriet, wurde in den Motiven und Protokollen nicht einmal Erwähnung getan. Teils ist der Grund dafür in dem Bestreben zu suchen, Ausnahmen und Sonderrechte Einzelner möglichst zu vermeiden, vielleicht auch nahm man an, daß eine derartige Vorschrift bei den weit ausgestalteten Unterhaltspflichten der Verwandten nicht nötig sei. Der Reichstag war jedoch anderer Ansicht; die Kommission vermißte eine dahingehende Bestimmung und fügte die jetzigen §§ 528, 529 ein. „Dieser Antrag, der sich im Grundgedanken an ALR. I 11, 1123 ff. anlehnt, wurde nach kurzer Debatte mit großer Majorität angenommen und demgemäß die Bestimmung des § 524 (534) auf die Rückforderung ausgedehnt, woraus sich auch die veränderte Stellung des § 527 ergibt.[68]) Man hätte hinzusetzen können, daß auch das öster-

[68]) K.-B. S. 1969.

reichische Recht (s. S. 19) eine ähnliche Bestimmung enthalte und mit demselben Recht wie bei § 519 sich auch hier auf das französische Recht berufen können. Denn diese drei Rechte geben alle im Grundgedanken dasselbe: Schutz dem Schenker, der *nach* Leistung verarmt.

So schnell wie diese beiden Paragraphen sind kaum andere in das BGB. aufgenommen. Nur eine kurze Kommissionsberatung fand statt, und ohne Aenderung wurden beide Bestimmungen angenommen. Die Absicht war gut und die Bestimmung wünschenswert; welche Zweifel aber gerade diese beiden Vorschriften infolge mangelhafter Redaktion erzeugt haben, wird sich später zeigen.

§ 6.

Die Voraussetzungen des Schutzmittels nach § 519.

Bei Betrachtung des Rechtsschutzmittels nach § 519 ist von der Frage auszugehen, unter welchen Bedingungen das Gesetz dem Schenker überhaupt seinen Schutz gewährt. Die Antwort lautet: Soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne daß sein standesgemäßer Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird. Mit anderen Worten: Er muß erfüllen, wenn ihm nach Erfüllung seiner sonstigen Verbindlichkeiten und des Schenkungsversprechens noch Mittel zum standesgemäßen Lebensunterhalt und zur Erfüllung seiner Unterhaltspflichten übrig bleiben. Deshalb

muß er vorher berechnen, ob er erfüllen kann oder nicht, und zwar nach der Formel:

Nach Abzug des Schenkungsbetrages und der sonstigen Verbindlichkeiten vom Vermögen muß noch eine Summe vorhanden sein, die so groß ist, daß sie zum Unterhalt und zur Erfüllung seiner Unterhaltspflichten ausreicht. Ist sie kleiner, darf er die Erfüllung verweigern.

Wenn hier von Vermögen gesprochen ist (das Gesetz gebraucht den Ausdruck nicht), das ist so im weiteren Sinne zu verstehen; der Ausdruck soll das wiedergeben, was im Worte „außerstande" implicite enthalten ist. Es wäre zu eng und würde dem Sinne des Gesetzes widersprechen, wenn man nicht sagen wollte, daß der Schenker sein Vermögen im engeren Sinne zusammen mit den Einkünften aus seiner Stellung, seiner Arbeitskraft usw., einwerfen müßte; nicht dagegen hat er in Rechnung zu bringen, was ihm nur mit mehr oder minder großer Wahrscheinlichkeit in Aussicht steht, wie Spekulationsgewinne, Erbschaften u. dergl.[69]) Eine feste Regel ist aber nicht aufzustellen, die Frage ist nach dem freien Ermessen des Richters unter Berücksichtigung aller Umstände, die auf das Vermögen irgendwie von Einfluß sind, zu entscheiden.

Steht der Umfang des Vermögens fest, dann sind alle Verpflichtungen des Schenkers zusammenzurechnen. Dies sind alle Verbindlichkeiten, die auf Vertrag, Delikt und Ge-

---

[69]) Oertmann 519,1.

setzen, privat- und öffentlich-rechtlichen, beruhen, jedoch mit einer Ausnahme: entgegen dem römischen Rechte sind die Schulden, die im Verkehre als solche nicht mehr angesehen werden, wie die natürlichen Verbindlichkeiten, gar nicht zu berücksichtigen; solche, denen eine zerstörende oder aufschiebende Einrede entgegensteht, oder langbefristete, wie es Hypotheken und Grundschulden häufiger sind, beschränkt in Ansatz zu bringen.[70] Die Schulden sind, wie mit Recht Opet[71] angibt, nach der Reihenfolge ihrer wahrscheinlichen Beitreibung berücksichtigen. Das liegt in dem Worte „Berücksichtigung".[72] [73]

Jede Schuld ist also nach ihrer wahrscheinlichen Höhe und voraussichtlichen Fälligkeit abzuschätzen. Die Gesamtheit dieser, einzeln berücksichtigten Schulden ist dann gänzlich vom Vermögen (in weiterem Sinne) abzusetzen und die übrig bleibende Masse abermals einer Prüfung und Abschätzung dahin zu unterziehen, ob sie ausreicht für den standesgemäßen Unterhalt des Schenkers und für die Erfüllung seiner Unterhaltspflichten.

„Was unter standesgemäßem Lebensunterhalt zu verstehen ist, ist aus der Kenntnis der Lebenshaltung derjeni-

---

[70] Oertmann 519,1; Staudinger 519,5a; a. A. Planck 519,1.

[71] Verwandtschaftsrecht S. 77.

[72] A. A. Schollmeyer S. 52: unter Vorabzug seiner übrigen Schulden.

[73] Auch der Gedanke Zipperlings S. 163 ist beachtenswert, daß die Berücksichtigung dazu dienen soll, die Gefährdung des Unterhalts zu berechnen, die bei einer größeren einmaligen Leistung meist vorhanden ist.

gen zu bestimmen, die einen den Verhältnissen des Schenkers entsprechenden Geburts- oder Berufsstand einnehmen."[74]) Er umfaßt den gesamten Lebensbedarf, wenn nötig die Erziehung und Ausbildung zum Berufe.[75]) Die hierzu nötige Summe ist ihm stets zu lassen. Zweifelhaft ist aber, ob sie ihm in Form einer Rente oder in Kapital verbleiben muß. Angenommen, er sei 55 Jahre alt und brauche jährlich 4000 Mark. Darf er sich 100 000 Mark für seinen Unterhalt vorbehalten, oder ist er verpflichtet, sich in eine Rente einzukaufen, die ihm 4000 Mark jährlich für ein einzuzahlendes Kapital von 40 000 Mark gewährt? Wäre letzteres anzunehmen, so würde der Beschenkte 60 000 Mark gewinnen. Meines Erachtens ist der Schenker verpflichtet, sich die Mittel zu seinem Unterhalt auf die für den Beschenkten günstigste Weise zu erhalten. Dadurch, daß er schenkt, begibt er sich der Rechte an dem Kapital, er hat nur noch ein Recht auf den Unterhalt, und nur diesen schützt das Gesetz gegenüber dem Schenker.

Gleichen Rang mit dem Unterhalt des Schenkers haben die Unterhaltsansprüche der gesetzlich von ihm zu Alimentierenden.[76]) Das beruht auf dem rechtspolitischen Gedanken, der nur eine Konsequenz der für das Schutzmittel des Schenkers überhaupt maßgebenden Erwägung ist, daß, so wenig wie der Schenker selbst durch seine Liberalitäten dem

[74]) Kuhlenbeck, Rechtsprechung II S. 241.

[75]) § 1610.

[76]) Die wichtigsten Unterhaltspflichten sind: 1360,61; 1578,83; 1601; 1705,08; ausführlich bei Fischer-Henle zu 519.

Ruin verfallen soll, auch die Unterhaltsberechtigten nicht in Not geraten sollen. Dem entspricht, daß hierher nicht die vertragsmäßig Berechtigten gehören.[77] Praktisch ist dies aber beinahe gleichgültig, da diese bereits bei den sonstigen Verpflichtungen des Schenkers zu berücksichtigen waren. Wohl aber gehören hierher die durch Vergleich oder sonstigen Dispositivakt besonders anerkannten gesetzlichen Unterhaltspflichten.[78] Sie werden durch das Anerkenntnis oder den Vergleich eben keine vertragsmäßigen: Das Beispiel der unehelichen Vaterschaft stellt das klar vor Augen. Wichtig ist die Unterscheidung nur in einer Hinsicht. Während für die vertragsmäßigen Verpflichtungen allein der ihnen entsprechende Betrag abzusetzen ist, ist bei den gesetzlichen auch auf die künftige Gefährdung Rücksicht zu nehmen.

Wie oben muß aber auch hier der Satz gelten: der Beschenkte kann verlangen, daß der Unterhalt an die Berechtigten für ihn so günstig wie nur möglich gewährt wird.

Der Absatz 2 regelt das Zusammentreffen der Ansprüche mehrerer Beschenkten und gibt dem früher entstandenen den Vorrang. Der Sinn ist klar: der Schenker soll nicht ein Versprechen, das ihn nachher gereut, durch ein späteres illusorisch machen.[79] Es ist eine Schutzbestimmung für den Beschenkten. Was heißt aber: „der Anspruch ist früher ent-

---

[77] Kom.-Ber. S. 70.

[78] Oertmann 519,4.

[79] Oertmann 519,6.

ſtanden"? Die Anſichten ſind geteilt. So meint Örtmann,[80]) nur auf die Entſtehung des Anſpruches als eines klagbaren komme es dabei an; ſei der erſte Akt bedingt oder befriſtet und werde vor Eintritt von Bedingung oder Termin eine zweite — unbedingte — Schenkung vorgenommen, ſo habe ſie den Vorzug, und dem ſchließt ſich Staudinger[81]) an. Dagegen ſagt Planck:[82]) Entſtanden iſt ein ſolcher Anſpruch mit der Annahme des Verſprechens, auch wenn ſie bedingt oder betagt iſt.[83]) Ich möchte mich der zweiten Anſicht anſchließen. Es kann doch bei der Frage nach Vorliegen eines Anſpruches nicht darauf ankommen, ob er zur Zeit klagbar iſt. Es gibt ja ſelbſt Anſprüche, die überhaupt nicht mehr klagbar ſind, und doch noch als ſolche bezeichnet werden. Wenn ſolche Abweichung vom Sprachgebrauche gemeint ſein ſollte, würde das Geſetz darauf haben hinweiſen müſſen. Außerdem würde dieſe Regelung der Billigkeit widerſprechen. Wenn A dem B 100 Mark verſpricht unter der Bedingung, daß er, A, in der Lotterie gewinne, und darauf dasſelbe ohne Bedingung dem C verſpricht, wäre es doch unbillig, den Erſtbeſchenkten eventuell

---

[80]) Was aber ſtets möglich iſt durch Handſchenkungen. § 518 redet nur von Verſprechen.

[81]) 519, II 1a.

[82]) 519, 2.

[83]) Oppenheim S. 66; Dernburg § 208, III 5a; Schollmeyer S. 53.

ganz leer ausgehen zu lassen. Der eingangs erwähnte Zweck der Bestimmung ginge ganz verloren.[84])

Der Schenker ist also verpflichtet, die Versprechen in der Reihenfolge der Abgabe zu erfüllen, und kann immer nur der jüngeren entgegenstellen, er sei zur Leistung außerstande. Dazu ist er aber auch verpflichtet; erfüllt er eine jüngere Schenkung vor den älteren, so tut er dies immer auf die Gefahr hin, daß er seine Einrede den älteren Gläubigern nicht mehr entgegenstellen kann. Daraus folgt auch, daß der Schenker dem älteren Gläubiger nicht entgegenhalten kann, er habe noch jüngere Schenkungen zu erfüllen. Macht er die Einrede den älteren Gläubigern gegenüber nicht geltend, so verliert er sie.[85]) Auf einem anderen Standpunkte steht Dernburg.[86]) Er möchte dem Schenker die Einrede erhalten, und sagt: „Versäumt er die Kompetenz vorzuschützen, so entzieht ihm dies gegen den Erstberechtigten die Kompetenz nur, wenn er so verfuhr, um diesen zu schmälern, nicht wenn er in falscher Beurteilung der Lage sich nicht für gefährdet hielt." Also nur bei dolosem

---

[84]) Dernburg II § 208 III 5a. Schollmeyer S. 53, auch wohl Crome: „Ist die ältere Schenkung in der Weise bedingt, daß die Bedingung erst nach Zustandekommen der jüngeren Schenkung eintritt, werden wir nicht anders entscheiden", mit Beziehung auf den Satz: „Macht der Schenker die Einrede nicht gemäß 519 II geltend, kann er sie gar nicht geltend machen."

[85]) Oertmann 519,6a; Staudinger 519,1b; Planck 519,2; Schollmeyer S. 53.

[86]) II § 208, III. Windscheid-Kipp II § 268,1d, und früher Planck (nicht auch jetzt noch, wie Staudinger behauptet, der eine ältere Auflage von Planck benutzt zu haben scheint).

Verhalten des Schenkers; auf § 521 beruft er sich nicht, da dort auch grobe Fahrlässigkeit dem Vorsatz gleichgestellt ist.[87] Der Ansicht steht aber der Wortlaut des Gesetzes entgegen, der „apodiktisch“[88] sagt: „Der Anspruch geht vor.“ Ganz willkürlich mit dem Gesetze geht Oppenheim[86] um, der es beinahe ins Belieben des Schenkers stellt, welche Schenkung er erfüllen will. „Meines Erachtens wird der ganze Zweck der in § 519 zu gunsten des Versprechengebers enthaltenen Schutzbestimmungen total verkannt, wenn man sich bei der Auslegung so streng an den Wortlaut halten will, daß man aus der vom Gesetz im allgemeinen gewünschten Bevorzugung des früheren Anspruchs entnehmen wollte, der Schenker habe die Einrede gegenüber dem Empfänger des früheren Versprechens verloren, wenn er einen späteren Anspruch befriedigt.“ Wie Planck behauptet auch er, daß keine Verpflichtung des Schenkers, die ältere Schenkung zuerst zu erfüllen, konstruiert werden könne.[89] Das ist auch nicht erforderlich. Die Verpflichtung ergibt sich schon aus den allgemeinen Bestimmungen über Schuldverhältnisse, insbesondere aus § 242 in Verbindung mit § 519.

Oertmann[91] gibt die Möglichkeit zu, daß der Wortlaut dieser anderen Auslegung nicht entgegensteht. Man könne

---

[87] § 521 ist übrigens nicht herauszuziehen, da er nur auf die Haftung wegen Mängel Bezug hat.

[88] Schollmeyer S. 53.

[89] Oppenheim S. 67.

[90] Oppenheim S. 69.

[91] Oertmann 519,6a.

geneigt sein, anzunehmen, daß nach der Befriedigung des jüngeren Anspruchs der Tatbestand vom Zusammentreffen mehrerer Ansprüche nicht mehr vorhanden sei, die erfüllte Schenkung zähle nicht mehr mit. Wie er selbst aber hinzufügt, wäre dann das Vorrecht des Beschenkten inhaltlos. Diese Auslegung würde über Dernburg noch hinausgehen. Mit dem Zwecke der Bestimmung ist sie unvereinbar, sie würde weiter nichts als eine Umgehung des Gesetzes bedeuten. Nach dem Wortlaute muß man vielmehr annehmen, daß, wenn einmal mehrere Ansprüche da sind, die Reihenfolge feststeht und bestehen bleibt, der Anspruch also den Rang, den er innehat, auch beibehält.

Dies hat nun folgendes Ergebnis: Der § 519 soll dem Schenker einen Schutz bieten gegen Schenkungsversprechen, deren Erfüllung seinen Unterhalt, seine gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen gefährden würde. Als soziale Schutzvorschrift ist sie sogar zwingendes Recht und im voraus unverzichtbar.[92]) Erfüllt aber der Schenker von mehreren Versprechen das jüngste, sei es auch im entschuldbaren Irrtume, so ist er verpflichtet, die anderen sämtlich zu erfüllen, ohne Rücksicht auf seinen Unterhalt und seine Verpflichtungen nehmen zu dürfen. Erst wenn er erfüllt hat, kann er nach § 528 soweit und soviel zurückfordern, daß er standesgemäßen Unterhalt und die Möglichkeit hat, seine gesetzlichen Unterhaltspflichten — ausgenommen die gegenüber unehelichen Kindern — zu erfüllen. Auf seine sonsti-

[92]) Staudinger 519 I 1b.

gen Verpflichtungen wird dagegen keine Rücksicht mehr genommen.[93])

Dieses Ergebnis hat seine volle Berechtigung. Jedermann kann nur soweit Rechtsschutz beanspruchen, wie er auch die ihm zum Schutze dienenden Vorschriften beachtet; das gilt auch vom Schenker. Mit dem lässig fehlenden Schenker, der unrichtig erfüllt, geht das Gesetz aber doch zu hart um. Es hat die ganz außerordentliche Verschlechterung seiner Stellung wohl nicht genügend beachtet. Während er vorher die Substanz des Vermögens in Händen hatte, und jede ihn gefährende Verminderung durch Schenkungen kraft seines Einrederechts verhindern konnte, hat er jetzt nur noch ein Forderungsrecht auf Unterhalt, das er eventuell erst im Prozesse mit zweifelhaftem Erfolge geltend machen muß. Außerdem wird auf seine sämtlichen nichtgesetzlichen Verpflichtungen, sowie auf die gegenüber unehelichen Kindern keine Rücksicht mehr genommen. Grund genug, um — freilich vergeblich gegenüber dem Wortlaute des Gesetzes — nach Auswegen für den Schenker zu suchen.[94])

Der Absatz 2 regelt nur den Fall, daß die Schenkungen zu verschiedenen Zeiten entstehen; nicht dagegen ist der

---

[93]) § 528. Wenn aber grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorlagen, kann der Schenker nach §§ 528, 529 überhaupt nicht zurückfordern.

[94]) Oertmann fragt (519,6a), ob der Schenker gegen den jüngeren Beschenkten keinen Bereicherungsanspruch oder eine condictio indebiti habe. Der Beschenkte hat aber nichts ohne rechtlichen Grund erlangt und die Einrede des Schenkers ist nur eine dilatorische (§§ 812, 813).

Fall geregelt, daß mehrere Schenkungen gleichzeitig entstanden sind, aber der Verpflichtete sie alle nicht zu erfüllen vermag. Zwei Lösungsmöglichkeiten sind vorhanden. Die erste vertritt wohl nur Ritter:[95] „Treffen die Ansprüche mehrerer Berechtigter derart zusammen, daß der Schuldner ihnen nicht sämtlich, sondern nur zu einem Teile genügen kann, so ist grundsätzlich eine gegenseitige anteilsweise Beschränkung der Verpflichtung die Folge." Eine Begründung gibt er jedoch nicht. Dafür mag sprechen die Gleichmäßigkeit in der Behandlung der Berechtigten, die im Zweifel ja meist vorzuziehen ist. Die herrschende Ansicht gibt dem Schenker die Wahl, welche Schenkung er erfüllen will.[96] Für sie spricht, daß bei einer so mit Gefühlsrücksichten verknüpften Verpflichtung wie der Schenkung es zuletzt dem Schenker freizustellen ist, welcher Schenkung er noch den Vorzug geben will. Darum wird diese Ansicht den Vorzug vor der anderen verdienen.

Anders muß man dagegen entscheiden, wenn der eine dieser gleichzeitig Beschenkten gegen den Schenker auf Erfüllung klagt. Hier fragt es sich, ob er dem Kläger einwenden kann, er habe noch andere Schenkungen zu erfüllen, und das ist zu verneinen. Er hat nicht das Recht noch die Pflicht, statt des Klägers die anderen vorzuziehen, da dem

---

[95]) Gruchot Bd. 46, S. 44.

[96]) Oertmann 519,6b; Staudinger 519 II 2; Schollmeyer S. 53; Ortloff im Arch. f. bürg. R. 21, 316; Dernburg II § 208; Crome II S. 575.

Kläger dasselbe Recht zusteht wie den anderen Berechtigten. Außerdem würde er durch Erfüllung der ersten Schenkung noch nicht gefährdet.[97]) Würde man die Einrede zulassen, so könnte sie der Schenker jedem klagenden Beschenkten entgegensetzen, und er brauchte schließlich gar nicht zu erfüllen. Mit der Klageerhebung ist das Wahlrecht des Schuldners zu Ende.[68])

§ 7.

Der Rechtscharakter des § 519.

Das Schenkungsversprechen erzeugt gegen den Schenker ein Forderungsrecht für den Beschenkten, dessen Verwirklichung sich der Schuldner im allgemeinen nicht entziehen kann. Besteht aber zwischen der Höhe der Forderung und der Leistungsfähigkeit des Schuldners ein Zwiespalt, sei es, daß er nur zum Teil, sei es, daß er gar nicht erfüllen kann, so gewährt ihm das im § 519 erneuerte Kompetenzrecht die Möglichkeit, den Anspruch auf Erfüllung durch sein Recht zur Leistungsverweigerung lahmzulegen, und zwar auf so lange, wie er sich in der bezeichneten Lage befindet. Das ist deutlich ausgedrückt in dem Worte „soweit". Denn dieses „soweit" soll nicht nur das Maß bezeichnen, das vorliegen muß, wenn der Schenker sich auf sein Weigerungsrecht mit

---

[97]) Dernburg § 208 III.

[98]) Es würde schließlich gar gegen die guten Sitten sein, wenn er jetzt noch die Einwendung erheben und dem Kläger nur Kosten machen wollte.

Erfolg berufen will, sondern ebenso die Zeit. „Es ist quantitativ und zeitlich zu verstehen.“[99])

Der Anspruch des Beschenkten ist durch das Gegenrecht des Schenkers nicht dauernd aufgehoben, sondern nur zeitweise lahmgelegt.[100]) Dieses Gegenrecht[101]) ist eine echte materielle Einrede, die deshalb vom Beklagten ausdrücklich geltend gemacht werden muß, wenn der Richter sie berücksichtigen soll.[102]) Eine Berücksichtigung von Amtswegen ist nicht zu rechtfertigen, einmal nicht, weil es eine materielle Einrede ist; zweitens weil das Gesetz sagt: Der Schenker ist berechtigt. Die Bemerkung aus der Mitte der zweiten Kommission,[103]) der Beschenkte würde gegen den Anstand und die guten Sitten verstoßen, wenn er den Schenker verklage, wissend, daß er bedürftig sei, ist nicht zutreffend.[104]) „Weder er noch das Gericht werden die Lage des Schenkers ohne dessen Angaben genügend übersehen können, um über die Voraussetzungen des § 519 ein richtiges Urteil zu gewinnen.“

Von den meisten übrigen Einreden des BGB. unterscheidet sich diese durch eine Besonderheit. Sie ist eine höchstpersönliche Einrede, die nur allein dem Schenker zusteht und von ihm geltend gemacht werden kann. Der

---

[99]) Crome II 515, ebenso Oertmann 519,5; Dernburg II 2 § 208 III.

[100]) Von einer Naturalobligation kann natürlich keine Rede sein.

[101]) Crome I 551.

[102]) A. A. Klingemann S. 65.

[103]) Protok. II 22.

[104]) Oertmann 519,2.

Grund dafür liegt in den eigenartigen, mehr das Gefühl als das Recht betreffenden Beziehungen, die zwischen Schenker und Beschenktem stets zu bestehen pflegen. Dieses eigenartige Verhältnis fordert auch eine ebensolche rechtliche Behandlung. Zwar weist Stammler[105]) darauf hin, daß das BGB. in allgemeiner gesetzlicher Bestimmung keiner möglichen Einwendung eines Verpflichteten den Charakter des höchstpersönlichen Rechts beigelegt habe,[106]) insbesondere sei der Fall der Rechtswohltat des Notbedarfs nicht wie im römischen Recht als höchstpersönliche Einrede bestimmt. Dagegen ist zu bemerken, daß es unmöglich darauf ankommen kann, ob solche Einreden im Gesetze ausdrücklich als solche zugelassen sind. Es kann nur das entscheidend sein, ob einem Rechte die höchstpersönliche Natur zukommen kann und ob es nicht durch irgendwelche Vorschriften ausgeschlossen ist.[107]) Und das ist nicht der Fall. Keinesfalls auch ist die Streichung der Vorschrift des ersten Entwurfs, die höchstpersönliche Einreden zuließ, dagegen zu verwerten. Wenn wie bei der Schenkung auf gewisse persönliche Beziehungen im Schuldverhältnisse Rücksicht zu nehmen ist, wäre es widersinnig, sie auch Dritten zukommen zu lassen, die an diesen Beziehungen keinen Teil haben, aber trotzdem aus ihnen nicht zu rechtfertigende Vorteile ziehen.[108]) Bekennt

---

[105]) Einrede S. 22.
[106]) A. M. Hellmann, Verträge S. 205.
[107]) So ist auch wohl Stammler S. 22 f. zu verstehen.
[108]) Reichel S. 414.

man sich, wie viele es tun,[109]) zu der Ansicht, daß die Einrede des höchstpersönlichen Charakters ermangele, so kommt man dazu, dem Bürgen die Einrede gewähren zu müssen, wenn er sich darauf beruft, daß der Schenker arm sei. Für die Schenkung könnte also praktisch eine Bürgschaft nicht bestellt werden, sie wäre nur eine leere Form, die dem Gläubiger nichts nützte.[110]) Der Ausweg Radickes,[111]) durch Berufung auf Treu und Glauben im Schuldverhältnis (BGB. § 242) dem Gläubiger zu helfen, scheint in dieser Anwendung doch zu weit zu gehen; wo das Gesetz eine Einrede gewährt, ist ihr Gebrauch nicht gegen Treu und Glauben. Durch Annahme einer höchstpersönlichen Einrede ist die Schwierigkeit ohne weiteres gelöst. Das läßt sich auch mit der Bemerkung der Denkschrift zu der Bestimmung vereinigen, daß dem Bürgen die Einrede versagt ist, der Erbe hafte für seine Verbindlichkeiten beschränkt: durch die Bürgschaft solle der Gläubiger gerade gegen die Unzulänglichkei des Vermögens des Schuldners geschützt werden. Das wird durch die höchstpersönliche Einrede erreicht. Der Bürge kann sich nicht auf § 768 berufen.[112])

Dasselbe muß auch von der Einrede bei der Schuldübernahme gelten. Er ist zwar Schuldner der Schenkungsforderung, aber nicht Schenker, worauf es allein ankommt. In-

---

[109]) Stammler S. 32 f.; Planck 768,1; Radicke, Archiv 32, 401.

[110]) Reichel a. a. O.

[111]) a. a. O.

[112]) Siber S. 235; Dernburg II 2 IV.

konsequent ist es aber, dem Mit- oder Nachschuldner, wie Reichel[113]) es will, die Einrede dann zu gewähren, wenn dieser selbst arm ist. Das hieße der Willkür die Tür öffnen. Zu Härten wird die Auffassung deshalb nicht führen, weil bei der Schuldübernahme die Forderungen berücksichtigt sein werden. Ein Regreßrecht des Bürgen dagegen hat der Schenker aus dem Grunde nicht zu fürchten, weil der Regreßanspruch des Bürgen nach § 774 als identisch mit der von ihm beglichenen Schenkungsforderung anzusehen ist.[114]) Auch dem Bürgen gegenüber hat der Schenker das Recht aus § 519.

Schon im gemeinen Recht neigte man zu der Ansicht, daß das beneficium competentiae ein unverzichtbares Recht des Schenkers sei, indem man ausführte, daß ein vorgängiger Verzicht notwendig gegen die guten Sitten verstoßen müsse.[115]) Für unverzichtbar wird das Recht auch heute noch allgemein angesehen. Der innere Grund dafür ist aber weniger darin zu suchen, daß der Verzicht gegen die guten Sitten sei, als vielmehr darin, daß die ganze Vorschrift mit aus sozialen Gründen, Gründen des öffentlichen Wohles gegeben ist,[116]) auf die im voraus so wenig verzichtet werden kann wie auf die ebenfalls aus sozialen Erwägungen normierte Vorschrift des § 618 BGB.

---

[113]) Reichel S. 391, S. 431.
[114]) Siber S. 236.
[115]) s. o. S. 19 f.
[116]) Staudinger 519 II.

Wie oben gesagt ist, ist in dem Rechte des Schenkers eine materielle aufschiebende Einrede zu sehen. Als materielle Einrede muß der Schenker sie im Prozesse vor Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, also spätestens in der letzten Berufungsverhandlung, vorbringen (§ 278 ZPO.). Versäumt er es, so ist dieſem Kläger gegenüber das Recht verloren. In der Vollstreckungsinstanz kann es regelmäßig nicht mehr geltend gemacht werden, da es zwar die Pfändung im Erfolge beschränkt, aber keine Pfändungsbeschränkung im Sinne der §§ 811, 850 ZPO. ist. Denn in der ZPO. handelt es sich um eine Regelung des Vollstreckungswesens, um die Bestimmung, in welcher Weise der prozessuale Eingriff in die Rechtssphäre eines Schuldners gestattet ist. Bei dem Kompetenzbenefizium handelt es sich aber um eine zivilistische Abschwächung der Kraft eines einzelnen oder einer Vielheit von Ansprüchen, um eine Abschwächung, die mit dem Anspruche und den dasselbe beeinflussenden Verhältnissen zusammenhängt, nicht mit der Exekutivordnung.[117])

Soweit der Beklagte dies Gegenrecht wirksam geltend macht, wird die Klage abgewiesen. Aber nur „soweit". So kann es ebenso wohl geschehen, daß der zu 100 Verklagte zu 50 verurteilt wird, da er durch Zahlung dieser 50 noch nicht gefährdet wird, wie auch, daß er ganz verurteilt oder absolviert wird. Bei jeder Verurteilung muß aber im Urteile stets die Summe bestimmt angegeben werden, die der Beklagte leisten kann und muß. Das ist nicht unbestritten.

[117]) Kohler in Grünhuts Ztschr. 14, 23.

Die Gegenmeinung[118]) beruft sich auf §§ 780 f., 786 ZPO., wonach dem als Erben des Schuldners Verurteilten die Beschränkung seiner Haftung im Urteil allgemein vorbehalten werden muß. Wegen der Aehnlichkeit der Vorschriften sei dies auch für die Kompetenz des Schenkers anzuwenden. Dagegen spricht aber sehr der § 786 ZPO., der die Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 780 f. wohl für andere Verhältnisse, aber nicht für die Kompetenzeinrede ausspricht.[119]) So sagt auch Siber:[120]) Jede rechnerische Beschränkung ist sofort in der Verurteilung des Schuldners auszusprechen und nicht wie die Gegenständlichkeit in den Fällen der §§ 780, 786 für die Geltendmachung gegenüber der Vollstreckungsinstanz vorzubehalten. Das gilt auch für die Einrede der Bedürftigkeit."

Tritt die Leistungsunfähigkeit erst nach Erlaß des Urteils ein, so kann der Schenker die Einrede als Einwendung, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft, mittelst der Vollstreckungsgegenklage vorbringen. Unbedingt notwendig ist dafür, daß die Gründe erst nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung entstanden oder dem Schenker ohne sein Verschulden nicht eher bekannt geworden sind. Dann ist sie aber auch zulässig, wenn die Kompetenzeinrede nur einen Teil der Klag-

---

[118]) Dernburg, Pand. II § 57 (im Lehrbuche ist die Frage nicht berührt); Gaupp-Stein § 767.

[119]) Windscheid-K. § 268,1 f.

[120]) S. 184 f.; ebenso Zipperling S. 137.

forderung betrifft, wenn z. B. A zu 100 verurteilt ist, infolge Verlustes von 50 jetzt nur noch 50 leisten kann, das Urteil aber bereits die Rechtskraft erlangt hat. Nach einer gemeinrechtlichen Entscheidung des Reichsgerichts[121]) ist der Schuldner in diesem Falle hilflos, sofern ihm seine beschränkte Haftung nicht vorbehalten ist. Die Unbilligkeit und Härte, die sich aus dieser Stellungnahme ergibt, ist allein schon ein hinreichendes Beispiel für die Unhaltbarkeit der abgelehnten Ansicht.[122])

In der Natur der Kompetenzeinrede als einer aufschiebenden liegt es, daß sie den Anspruch nur zeitweise entkräftet, aber nicht vernichtet. Darum kann der Kläger seine Klage immer wieder von neuem anstrengen. Die Einrede der Rechtskraft steht dem solange nicht entgegen, als er Momente dafür vorbringt und beweist,[123]) daß sich die Vermögenslage des Schenkers günstig verändert habe.[124]) Denn das Urteil entscheidet nur darüber, ob der Schenker zurzeit leisten muß und kann, und wird auch nur insoweit rechtskräftig. Wird die Klage infolge der Einrede abgewiesen,

---

[121]) RG. 33, 372 ff.

[122]) Dazu vergl. insbesondere Fischer in Iherings Jahrb. 34, 463 ff.; 472. Er unterscheidet zwischen abstrakter und konkreter Kompetenz und vertritt, wie oben, die Ansicht, daß das Vorliegen der konkreten Kompetenz für sich allein genüge, nicht brauche der abstrakte Kompetenzanspruch wie in 780, 786 ZP. O. im Urteil auf jeden Fall vorbehalten werden.

[123]) Crome II 515 A. 19; Dernburg II 2 § 208 III; Windscheidt-K. § 268, 1 f.

[124]) Oertmann 519,5; Dernburg § 208 III 3.

so heißt das nichts weiter als: der Schenker ist zurzeit leistungsunfähig, da sein Vermögen nur so groß ist, und nach § 519 hat er das Recht, diese Summe für sich zu behalten. Und dies geht in Rechtskraft über. „Jede Abweisung wird in der Wirkung durch die Gründe bestimmt; rechtskräftig wird die Entscheidung, wie sie sich aus der Vergleichung des Tenors mit den Gründen als lebendiger Inhalt des ersteren ergibt.“[125])

§ 8.

Das Rechtsschutzmittel der §§ 528 f.

Der Schutz des Schenkers wäre nur unvollständig, wenn das Gesetz sich mit der Kompetenzeinrede begnügt hätte. In allen den Fällen, in denen der Schenker infolge der Schenkung in Not geraten würde, müßte das Gesetz versagen. Der § 528 füllt diese Lücke aus und geht dabei soweit, daß der Schenker nicht nur dann, wenn ihm infolge der Schenkung der standesgemäße Unterhalt und die Mittel zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten fehlen, der Schutz gewährt wird, sondern auch dann, wenn dieser Zustand eintritt aus ganz anderen Gründen, wie infolge Vergrößerung des Kreises der Unterhaltsberechtigten oder durch Steigerung der Lebensansprüche des Schenkers, z. B. durch Uebernahme eines mit größeren Repräsentationspflichten verbundenen Amtes. Erforderlich ist, daß die bedürftige Lage nach Vollzug der Schenkung eintritt, aber

---

[125]) Crome I 574.

nicht, daß es infolge der Schenkung geschieht,[126]) was insofern praktisch wichtig ist, weil meist gar nicht sicher festzustellen sein würde, ob die Bedürftigkeit durch die Schenkung veranlaßt ist. — Dasselbe gilt in Bezug auf die zeitliche Entstehung des zum Unterhalt verpflichtenden Zustandes.[127]) Es muß ganz irrelevant sein, ob die Unterhaltsberechtigten schon zur Zeit der Schenkung als solche vorhanden waren oder erst später Berechtigte geworden sind. Sonst müßte man zu dem Ergebnis kommen, daß z. B. die nach der Schenkung geborenen Kinder des Schenkers nicht berücksichtigt werden dürften.

Der Kreis der gesetzlich Unterhaltsberechtigten ist gegen § 519 erheblich eingeschränkt. Während nach § 519 alle gesetzlich Unterhaltungsberechtigten zu berücksichtigen sind, sind es hier nur: die Verwandten, der Ehegatte und der frühere Ehegatte. Dagegen fällt der Anspruch des unehelichen Kindes fort, da dies nach § 1589 II nicht als mit dem Erzeuger verwandt gilt. Ferner sind hier natürlich die auf Vertrag beruhenden Unterhaltspflichten nicht mitzurechnen, und von den sonstigen Verpflichtungen ist schon gar nicht die Rede.

Der Schenker ist also wesentlich ungünstiger gestellt als vor der Erfüllung. Der Grund dafür liegt nahe. Solange

---

[126]) Crome II 524; vergl. den bekannten Prozeß von Carsteun gegen Militärfiskus, der freilich noch unter dem ALR. spielte; aber auch dieses bestimmte nicht, daß die Verarmung durch die Schenkung herbeigeführt sein müsse.

[127]) Oertmann 519,2 A.; Staudinger 519,2.

der Schenker noch nicht erfüllt hat, das Vermögen noch in seinem Besitze ist, ist es billig, ihn bei der eigenartigen, in freiwilliger Vermögensveräußerung bestehenden Natur der Schenkung nur soweit zur Erfüllung zu zwingen, als es unter möglichster Schonung seiner wirtschaftlichen Persönlichkeit tunlich ist, zumal da der Beschenkte, solange die Schenkung noch nicht in sein Vermögen übergegangen ist, noch nicht so mit ihr rechnet und noch nicht über sie verfügt hat.[128]) Beides wird aber meist der Fall sein, wenn der Schenker erfüllt hat und die Schenkung ein Teil des gegnerischen Vermögens geworden ist. Macht der Schenker — nach Jahren vielleicht — sein Rückforderungsrecht geltend, so hat sich die Rolle des beatus possidens vertauscht. Auch auf den Beschenkten ist jetzt Rücksicht zu nehmen, da er den Eingriff in sein Vermögen jetzt ganz anders empfinden wird als zu der Zeit, da er nur einen Anspruch hatte. Dieser Interessenkollision sah sich das Gesetz gegenüber: dem Schenker soweit als notwendig den Genuß seiner einstigen Liberalitäten wieder zu gewähren, in das Vermögen des Beschenkten nicht mehr einzugreifen als zu diesem Zwecke absolut notwendig ist.

In Verfolg der Vereinigung dieser Gegensätze ist es aus §519 nicht übernommen, daß zur Geltendmachung des Rechts bereits die Gefährdung des Unterhalts ausreicht; es muß

---

[128]) „Es ist wohl nach dem legislativen Motive dieser Bestimmungen (519, 528) anzunehmen, daß sie sich nicht auf Geschenke geringeren Grades beziehen sollen" (Kuhlenbeck, Pand. II 233).

die Unmöglichkeit, den Unterhalt usw. zu bestreiten, feststehen. Diese Unterscheidung ist in einem Urteile des Reichsgerichts, einem der wenigen, die zu diesen Bestimmungen ergangen sind, ausdrücklich festgestellt.[129] „Die bloße Gefährdung des standesgemäßen Unterhalts und der Möglichkeit, die in § 528 weiter erwähnten Unterhaltspflichten zu erfüllen, reicht zur Rückforderung eines Geschenkes nicht aus. Die Gefährdung des eigenen Unterhalts berechtigt wohl gemäß § 519 zur Verweigerung der Erfüllung des schenkweise erteilten Versprechens, zur Rückforderung des bereits hingegebenen Geschenks ist aber erforderlich, daß der Schenker bereits außerstande ist, seinen standesgemäßen Unterhalt zu bestreiten und die daselbst angegebenen Unterhaltungspflichten zu erfüllen."

Diese Unmöglichkeit liegt noch nicht vor, wenn der Schenker durch Arbeit — man wird nach dem Sinne der Bestimmung sagen müssen standesgemäße, zum wenigsten angemessene Arbeit — die Mittel zu erwerben fähig ist.[130] Auch solange die Substanz des Vermögens zum Unterhalt noch ausreicht, findet keine Berufung auf § 528 statt.[131] Anderseits ist sie aber schon dann gegeben, wenn der Schenker außerstande ist, entweder nur seinen Unterhalt zu bestreiten *oder* seine Unterhaltspflichten zu erfüllen. Das Gesetz sagt nicht so, es verbindet beides durch „und".

---

[129] Seuff. Arch. 61, 181.
[130] Planck 528, 2.
[131] Seuff. Arch. 65, 12.

Kühlenbeck[132]) hält das „und" für ein echt parlamentarisches Redaktionsversehen, es könne unmöglich kumulativ gemeint sein, da der Schenker nicht mehr seinen Unterhalt bestreiten und die fraglichen Unterhaltspflichten erfüllen könne, sobald auch nur in einer der fraglichen Richtungen seine Mittel ihn im Stich ließen. Sicher ist es auch der Sinn der Bestimmung, daß jede der beiden Voraussetzungen den Anspruch begründet.[133])

Dieser geht in erster Linie — gerade umgekehrt wie im Allgemeinen Landrecht[134]) — auf Herausgabe des Geschenks, worunter nicht allein die Substanz der Schenkung zu verstehen ist, auch der Wert des Geschenks, die gezogenen Nutzungen, das zum Ersatz Erlangte für das nicht mehr vorhandene Geschenk gehören hierher.[135]) Die Rückforderung ist aber begrenzt; nicht der ganze Schenkungsakt wird umgestoßen, nur soweit der Schenker außer stande ist, kann er zurückfordern. Nur Crome[136]) will das ganze Geschenk zurückgefordert wissen; diese Ansicht läßt sich mit den folgenden Sätzen des § 528 zwar besser vereinigen, widerspricht aber doch dem Wortlaut. Könnte man sich Crome anschließen, so würde ohne weiteres die Frage gelöst sein, für wie lange

---

[132]) Rechtsprechung des RG. II 241 f.; vergl. auch: Von den Pand. z. BGB. II 232.

[133]) Dernburg II 2 § 208, A. 8; Oertmann 519,2b; Staudinger II; ebenso Planck, der aber die Fassung für völlig entsprechend hält. 519,2.

[134]) I 11, 1123.

[135]) Staudinger 528,5; 528 mit 818.

[136]) Lehrbuch II 524; ebenso Dernburg § 208 IV 3.

Zeit der Schenker fordern kann. So ist es aber eine schwierige Aufgabe, zu entscheiden, nicht nur wieviel — das läßt sich unter Berücksichtigung aller Umstände nach billigem Ermessen ermitteln —, sondern vor allem ein wie großes Vielfache, also wie lange im voraus der Schenker die nötigen Mittel verlangen kann. Wenn dem A jährlich 500 Mark zum standesgemäßen Leben fehlen, kann er von dem mit 50 000 Mark Beschenkten verlangen, daß ihm diese 500 Mark jährlich zur Verfügung stehen. Aber es ist nicht angängig, daß er jährlich neu klagt; das würde weder in seinem noch in des Beschenkten Interesse liegen, würde auch dem Satz 2 widersprechen, der dem Beschenkten die facultas alternativa gewährt, den Herausgabeanspruch durch Zahlung des erforderlichen Betrages abzuwenden. Die Zahlung soll nach den Bestimmungen über die Leibrente erfolgen. Daraus würde folgen, daß die beiden Möglichkeiten am Ende ganz das Gleiche ergeben; abgesehen davon, daß der Schenker im Falle des Satzes 1 häufiger klagen müßte, erhielte er jährlich stets 500 Mark. Das kann nicht gewollt sein; daraus, daß die Rückforderung nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung erfolgen soll, ist vielmehr zu entnehmen, daß die notwendige Summe zu kapitalisieren ist, ohne Rücksichtnahme auf das Alter und die wahrscheinliche Lebensdauer des Klägers. Zu Härten kann die Annahme nicht führen, da es dem Beschenkten, wie eben gesagt, freisteht, anstatt des Geschenkes eine jährliche Rente in Höhe des jeweiligen Unterhaltsbedürfnisses zu wählen. Dies wird

er dann tun, wenn er annimmt, daß der Schenker nicht mehr lange leben wird; denn mit dessen Tode, nicht mit dem des Beschenkten erlischt die Verpflichtung.[137] Letzteres hieße den Schutz des verarmten Schenkers von Zufälligkeiten abhängig machen.

Es ist nicht erforderlich, daß die Rente — der Ausdruck Zahlung ist nicht genau, da es in der Regel eine wiederkehrende Leistung ist[138] — ein gleichbleibender Betrag für die ganze Dauer der Verpflichtung ist. Sie muß dem jeweiligen Bedürfnis des Schenkers angepaßt werden, im Streitfalle durch richterliche Entscheidung. Denn ausdrücklich sagt das Gesetz, daß der Beschenkte die Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrages abwenden kann. Wenn es auch die Regel sein mag, daß das Bedürfnis gleich bleibt, so ist es auch denkbar, daß dessen Größe wechselt, ja daß es zeitweise nicht vorhanden ist. Danach muß sich auch die Höhe des in Rentenform, d. h. drei Monate im voraus, und unter Anwendung der §§ 1613, 1615 zu zahlenden Unterhalts richten.

Wollte man annehmen, daß sich der Satz 3 auch auf Satz 1 beziehen soll,[139] was nach der Fassung der Vor-

---

[137]) Dagegen Oertmann 528,2; Kuhlenbeck, Rechtsprechung II 242; dafür Planck 528,4; Dernburg § 208 A. 12; Crome II 525.

[138]) Oertmann 528,3 c.

[139]) So Planck in ausführlicher Begründung 528,3; dagegen Oertmann 519,3a; Dernburg § 208, IV 3; Crome II 525; Kuhlenbeck a. a. O.

schrift nicht ausgeschlossen ist, so unterscheidet sich die erste Bestimmung von der zweiten überhaupt nicht. Satz 2 wäre gänzlich überflüssig, und Satz 1 enthielte keinen Herausgabe-, sondern einen Rentenanspruch; der Schuldner aber hätte keine Wahl zwischen Herausgabe und Rentenzahlung. Die Fassung des Gesetzes ist eben ungenau, aber nicht so sehr, wie man nach Planck annehmen sollte. Wäre in Satz 3 statt „die Verpflichtung" „diese Verpflichtung" gesagt, so würde jeder Grund zum Zweifeln beseitigt sein.

Der Anspruch auf Herausgabe reicht nur soweit, wie der Beschenkte noch bereichert ist. Er soll nicht mehr leisten, als er schenkweise empfangen hat, da die ihm obliegenden Leistungen nicht einem selbständigen Verpflichtungsgrunde entspringen, sondern nur an den Besitz der Schenkung geknüpft sind, hat aber anderseits, soweit der Schenker bedürftig ist, das Geschenk bis auf den Rest herauszugeben. Dasselbe muß bei der Rentenzahlung gelten.[140]) Ob die Summe der gezahlten Renten an Wert die Schenkung erreichen, ist gleichgültig; es kommt allein darauf an, ob der Beschenkte noch bereichert ist. Solange er von den Erträgen der Schenkung zahlen kann, bleibt er bereichert (wenn nicht aus anderen Gründen die Bereicherung wegfällt); muß er vom Stamme bezahlen, so erlischt die Verpflichtung, wenn die zurückgezahlte Summe den Wert erreicht. Daher lebt das Rückforderungsrecht auch nicht wieder auf,

---

[140]) A. A. Oertmann 528,3c; Staudinger 528,62. Crome II 525.

wenn der Beschenkte, der das Zahlen einer Rente gewählt hat, mit diesen Zahlungen in Verzug gerät, sobald nur die Schenkung erschöpft ist.[141])

Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist.[142]) Die Vorschrift entspricht ganz dem § 519 II. Wie dort, ist auch hier nur an sukzessive Schenkungen gedacht. Der Schenker ist verpflichtet, erst die jüngere Schenkung, soweit sie ihm erforderlich ist, zurückzufordern, bevor er eine ältere angreift. Der früher Beschenkte hat, ähnlich wie der Bürge, das beneficium excussionis, die Einrede, daß der Schenker die Herausgabe von einem später Beschenkten noch nicht versucht habe. Dieser hat aber nicht die Möglichkeit, dem Schenker entgegenzuhalten, daß er die Erfüllung eines älteren Versprechens verweigern könne.[143]) Auf die Leistungsfähigkeit der Beschenkten ist keine Rücksicht zu nehmen, nur die zeitliche Reihenfolge der Schenkungen ist ausschlaggebend. In der Praxis kann diese „laudatio donatorum“[144]) die größten Schwierigkeiten bereiten, woran die Reichstagskommission bei Schaffung dieser Bestimmung kaum gedacht hat.

Liegen gleichzeitige Schenkungen vor, so muß in Konsequenz der bei 519 II dargelegten Ansicht dem Schenker freigestellt bleiben, bei wem er das Rückforderungsrecht geltend

---

[141]) Vergl. Kuhlenbeck a. a. O.
[142]) § 528 II.
[143]) Planck 528.
[144]) Kuhlenbeck, Pand. II 234.

machen will. Es kann ihm nicht entgegengesetzt werden, daß er sämtliche Beschenkte gleichzeitig und anteilsweise belangen muß; jeder Beschenkte hat nur den Einwand, daß ein später Beschenkter in erster Linie verpflichtet sei.

Der Anspruch auf Herausgabe ist in dreifacher Hinsicht ausgeschlossen. Wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder grob fahrlässig selbst verschuldet hat; wenn seit der Schenkung 10 Jahre verstrichen sind; endlich wenn der Beschenkte sich in derselben Lage befindet wie der Schenker. Das gesetzgeberische Motiv für diese Einschränkungen ist darin zu suchen, daß der Beschenkte weder für Verschulden des Schenkers haften, noch daß letzterer etwas leisten soll, was durch Zeitablauf längst den Charakter eines Geschenkes in seinen Augen verloren hat,[145]) und schließlich darin, daß es unbillig wäre, den einen in Not zu stürzen, um den anderen daraus zu retten. „In pari causa melior est possidentis.“[146])

Was unter Vorsatz und grober Fahrlässigkeit zu verstehen ist, muß nach den allgemeinen Grundsätzen beurteilt werden. Trunksucht, Verschwendung, schlechte Wirtschaft werden stets hierher gehören,[147]) nur u. U. leichtsinnige Spekulationen. Ein Verschulden vor der Schenkung ist

---

[145]) Daneben hat auch wohl die Erwägung mitgespielt, daß, wenn die Bedürftigkeit nach 10 Jahren eintritt, die Schenkung ohne Einfluß gewesen ist.

[146]) Oertmann 529.

[147]) Staudinger 529, 1a.

gleichgültig. Die zehnjährige Frist beginnt erst zu laufen, wenn der Beschenkte in den Genuß der Schenkung gekommen ist, nicht schon mit dem Versprechen. Das folgt aus dem Motive dieser Vorschrift. Gleichgültig ist, wann der Anspruch vom Schenker geltend gemacht wird; verlangt wird nur der Eintritt der Bedürftigkeit vor Ablauf der Frist.[148])

Der dritte Fall entspricht fast wörtlich — nur die sonstigen Verpflichtungen fallen fort — dem Rechte des Schenkers vor erfüllter Schenkung. Ein Eingehen darauf würde daher nur eine Wiederholung des dort Gesagten sein.

Der Erwähnung bedarf noch die Bestimmung des § 534. Hier wird über die Hilfsbedürftigkeit des Schenkers die Anerkennung einer Schenkung gestellt, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach. Eine solche Schenkung bleibt — entsprechend der allgemeinen Bevorzugung, die das BGB. solchen Handlungen der Sitte und des Anstandes zu Teil werden läßt — sogar durch die wirtschaftliche Not unberührt und kann nicht zurückgefordert werden. Das Vorliegen dieser sittlichen Schenkungen kann nur im einzelnen Falle gefunden werden; nicht jede aus Dankbarkeit veranlaßte Schenkung wird ohne weiteres hierher gehören. Auch ergibt sich daraus, daß es heißt: „durch die" und nicht: „soweit durch sie einer sittlichen Pflicht entsprochen ist", noch nicht, daß die Schenkung im ganzen Umfange nicht zurückgefordert werden könne, wenn

---

[148]) Oertmann 529; Staudinger 529,1b.

nur ein Bruchteil einer solchen sittlichen Pflicht entsprochen hätte. Ist die Leistung teilbar, so kann der nicht der Pflicht entsprechende Teil gegebenfalls zurückgefordert werden; ist sie unteilbar, so ist nach richterlichem Ermessen der überschießende Teil zurückzuerstatten, wenn nicht etwa der der Sitte entsprechende Teil so unbedeutend ist, daß die ganze Schenkung der Rückforderung unterliegen muß.[149]

§ 9.

Der Rechtscharakter der §§ 528 und 529.

„Eine Ausweitung des Rechts auf Notbedarf" ist der Rechtsbehelf in § 528 genannt worden.[150] Das hat seine Berechtigung; nicht nur historisch, auch rechtlich hat sich aus der Notwendigkeit, dem bedürftigen Schenker das Recht der Leistungsverweigerung zu gewähren, als weitere Folge ergeben, einen Anspruch auf Rückforderung zu normieren, der die Lücke im Rechtsschutze ausfüllt, wenn der Schenker nach Leistung verarmt. Wie dort die Einrede, ist auch hier der Anspruch höchstpersönlicher Natur, der nur dem Schenker zusteht und von ihm allein geltend gemacht werden kann,[151] und in dem früher erörterten Verhältnisse begründet ist; aus Dankbarkeit, Freundschaft, Liebe und ähnlichen Motiven zwischen Schenker und Beschenktem entstanden, hat

---

[149]) Vergl. Oertmann § 534,1; Planck 534.

[150]) Crome II 524.

[151]) Crome II 526.

es durch die Schenkung seinen äußeren Ausdruck erhalten. Nur auf diejenigen, die als Schenker und Beschenkte in diesem inneren und äußeren Verhältnis zueinander stehen, wollen die besonderen Bestimmungen des Gesetzes angewandt sein; darum steht dem Schuldübernehmer der Anspruch, der ihm allgemein schon dann versagt ist, wenn er Ausgleich erhalten oder realisierbaren Anspruch auf Ersatz hat, auch dann nicht zu, wenn er weder das eine noch das andere zu fordern oder erhalten hat.[152]) Er ist nicht Beschenkter, sondern ein Fremder für das Schenkungsverhältnis.

Aus dieser Natur der Schenkung folgt weiter, daß der Anspruch und das Recht auf Unterhalt (in beiden Formen) allein durch den Tod des Schenkers untergeht und nicht vererblich ist. Eine Ausnahme von den Konsequenzen der höchstpersönlichen Natur zu gunsten des Schenkers muß aber insofern angenommen werden, als der Tod des Beschenkten den Anspruch nicht zum Erlöschen bringt, da die Schenkung den Erben verbleibt und der Schutz des Schenkers sonst nur zu oft versagen würde.[153]) Durch eine Sonderbestimmung der CPO. (§ 852) ist es auch den Verwandten des Schenkers, denen er Unterhalt leisten muß, unmöglich gemacht, die Schenkung selbständig anzufechten, indem sie den Verpflichteten auf Unterhalt verklagen und sodann den Anspruch pfänden und sich überweisen lassen.[154]) Wie der Pflichtteilsanspruch soll auch der Anspruch in § 528 der Pfändung nur

[152]) A. A. Reichel 431.
[153]) Dernburg § 208, A. 12.
[154]) Dernburg § 208, A. 10.

unterworfen sein, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtsanhängig geworden ist. Durch diese Bestimmung erledigt sich ebenfalls die Frage, die Kuhlenbeck[155]) aufwirft, ob nämlich dieser Anspruch aufrechenbar ist. Nach BGB. § 394 findet gegen Forderungen, die der Pfändung nicht unterworfen sind, eine Aufrechnung nicht statt. Kuhlenbeck verweist statt auf § 852 ZPO. auf ein Reichsgerichtsurteil,[156]) das die Frage nach ALR. bejaht, und scheint diese Entscheidung auch für das heutige Recht für anwendbar zu halten. Demgegenüber ist zu bemerken, daß auch ohne den § 852 Aufrechnung und Pfändung ausgeschlossen sein müßte. Das angezogene Urteil führt aus, die sechs Prozent des ALR. sollten nicht das Höchstmaß der Kompetenz darstellen, so daß bei geringerem Bedürfnis eine geringere Summe zuzusprechen sei; das Gesetz habe vielmehr ein für allemal 6 Prozent als Maß des Unterhalts gegeben, ohne Rücksicht darauf, ob das Bedürfnis darunter bliebe oder darüber hinausginge. Das ist aber gerade das Gegenteil der Regelung des BGB. Hier ist stets der Anspruch der Höhe nach begrenzt durch das Maß der Bedürftigkeit: „Soweit der Schenker außerstande ist!" Jedes Weniger, jede Minderung des zu Beanspruchenden würde den Schutz des Schenkers beeinträchtigen, und deswegen kann auch aus diesem Grunde weder von Aufrechnung noch von Pfändung die Rede sein. Ein weiterer Grund ist schließlich

---

155) Rechtsprechung II 242.
156) RG. 35, 243 ff.

noch der, daß auch diese Vorschrift wie die des § 519 als im sozialen öffentlichen Interesse gegeben zu erachten ist. Ein Verzicht im voraus kann daher nicht als bindend angesehen werden.

„Der Anspruch des Schenkers ist ausgeschlossen." Damit werden die Beschränkungen des Herausgabeanspruchs eingeführt. In der Sprache des BGB. bedeutet das sonst: Ein Anspruch ist überhaupt nicht vorhanden, kann also nicht geltend gemacht werden, und wenn es doch geschieht, hat der Richter von Amtswegen die Klage als unbegründet abzuweisen. Erwarten sollte man aber, daß es Sache des Beschenkten ist, seine Weigerungsgründe, die ganz auf persönlichem Gebiete liegen, vorzubringen. Ja, es kann der Fall eintreten, daß der Beschenkte sich gar nicht weigern will, weil er sich moralisch verpflichtet fühlt, dem Schenker beizuspringen. Eine Klage müßte trotzdem abgewiesen werden nach dem Wortlaute des Gesetzes, als ein durch nichts gerechtfertigter Eingriff in die Willenssphäre des Beschenkten. Unter Berufung auf das kategorische „der Anspruch ist ausgeschlossen" nehmen aber, für den ersten und zweiten Fall wenigstens, Oertmann, Crome, Windscheid-Kipp, Klingemann[158] an, daß es sich hier nicht um Einreden handelt; der dritte Fall, der genau so zu behandeln ist: „Das Gleiche gilt", wird aber auch von ihnen (außer Klingemann) als Einrede angesehen, von Oertmann mit Rücksicht auf den entsprechenden § 519,

---

[158]) Oertmann 529; Crome II 526; Windscheid-Kipp § 268, 1b; Klingemann S. 67 ff.

von Crome ohne Angabe von Gründen. Für die Natur von Einreden in allen drei Fällen haben sich Kuhlenbeck, Dernburg, Staudinger, Ortloff, Zipperling[159]) ausgesprochen. Naheliegend ist, daß bei der Abfassung des Paragraphen ein Redaktionsversehen unterlaufen, was um so wahrscheinlicher ist, als gerade die beiden §§ 528 und 529, „die nach kurzer Kommissionsberatung mit großer Mehrheit angenommen sind", an Dunkelheiten und offenbaren Unrichtigkeiten nicht gerade arm sind.

Prozessual sind von Wichtigkeit, wenn der Beschenkte die Rentenzahlung gewählt hat, die §§ 258, 323 ZPO. Nach § 258 ZPO. ist der Schenker imstande, auch wegen der nach Erlaß des Urteils fällig werdenden Leistungen Klage auf künftige Entrichtung zu erheben. Da das Unterhaltsbedürfnis aber schwanken kann, so ist es, wenn es steigt, für den Schenker von größtem Interesse, möglichst schnell und einfach einen dahingehenden vollstreckbaren Titel zu erlangen, ebenso wie bei entgegengesetzter Sachlage dem Beschenkten daran liegen wird, eine Aenderung des Urteils zu seinem Gunsten zu erlangen. Beiden dient hierzu der § 323 ZPO. Tritt eine wesentliche Aenderung derjenigen Verhältnisse ein, die für die Bestimmung der Höhe der Leistungen und der Dauer ihrer Entrichtung maßgebend waren, so kann

---

[159]) Kuhlenbeck, Rechtspr. II 243; Dernburg § 208, A. 14; Staudinger 529: Es scheint keine Veranlassung vorzuliegen, von der äußerlich und innerlich naheliegenden Auffassung der drei Vorbehalte als Einreden abzugehn; Ortloff S. 301; Zipperling S. 147 mit ausführlicher Begründung.

jeder von ihnen im Wege der Klage eine entsprechende Aenderung des Urteils verlangen, aber nur, wenn die Gründe, die den Aenderungsantrag stützen, nicht schon vor Erlaß des Urteils geltend gemacht werden konnten.

Wenn die praktische Bedeutung der Rechtsschutzmittel auch im ganzen nur gering sein mag — sie sind ersichtlich nur für größere Schenkungen geschaffen; Schenkungsfälle sind im Vergleich zu anderen Rechtsgeschäften nicht zahlreich; Klagen werden selten aus Anlaß einer Schenkung zum Austrag kommen —, so gewähren sie doch der Wirtschaftspersönlichkeit des Schenkers einen ganz erheblichen Schutz, der weit über alle anderen derartigen Bestimmungen des BGB. hinweggeht, soweit, daß sie in dieser Ausdehnung nur unsere den Schuldner überall so begünstigende Zeit schaffen konnte. Für diese allmählich immer stärker anwachsende humane Anschauung ist auch die Entwickelung, der heutige Stand der Rechtsschutzmittel ein treffliches Beispiel. Im gleichen Schritt mit den Beschränkungen der Zwangsvollstreckung haben auch sie ein stets stärker werdendes Hinneigen zu Gunsten des materiell schlechter Gestellten gezeigt. Nicht mehr wie einst ruft das Recht diesem zu: „Du hast es so gewollt!“; mit einem intensiven Schutz des Besitzenden sucht es heute einen ebensolchen Schutz auch des wirtschaftlich Schwachen maßvoll zu vereinigen.